

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR
FACULDADE DE DIREITO

ERIC LUIS CHULES

DIREITO À IMAGEM, MANDATOS ELETIVOS E PARTIDOS POLÍTICOS: A
LIMITAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM EM DECORRÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.

CURITIBA

2010

ERIC LUIS CHULES

DIREITO À IMAGEM, MANDATOS ELETIVOS E PARTIDOS POLÍTICOS: A
LIMITAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM EM DECORRÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2010



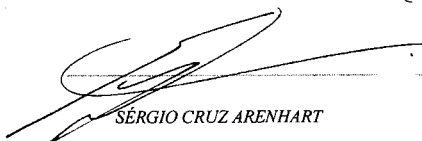

Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

**Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) ERIC LUIS CHULES**

Aos onze dias do mês de novembro do ano de 2010, às 11:40 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) ERIC LUIS CHULES, sobre o tema, "Direito à imagem, mandatos eletivos e partidos políticos: a limitação do direito à imagem em decorrência do interesse público.". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, RODRIGO XAVIER LEONARDO, (Orientador), SÉRGIO CRUZ ARENHART e MARÍLIA PEDROSO XAVIER, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0, 10,0 e 10,0; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.:

Curitiba - PR, 11 de novembro de 2010.


RODRIGO XAVIER LEONARDO
SÉRGIO CRUZ ARENHART
MARÍLIA PEDROSO XAVIER

TERMO DE APROVAÇÃO

ERIC LUIS CHULES

Direito à imagem, mandatos eletivos e partidos políticos: a limitação do direito à imagem em decorrência do interesse público.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:

RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador

SÉRGIO CRUZ ARENHART
Primeiro Membro

MARÍLLA PEDROSO XAVIER
Segundo Membro

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia aos meus pais, Miguel Ronaldo Chules e Magali Regina Kolakowski Chules, e aos meus irmãos, Daniele e Gabriel, pela compreensão e apoio que todos me deram durante estes anos da graduação em que fiquei morando em Curitiba, há milhares de quilômetros deles (Brasília).

Não posso deixar de dedicá-la, ainda, aos meus avós João Chules, Alice Heikel Chules, e a Irene Magnuskei Kolakowski, (*in memoriam*), por serem exemplos de vida, caráter, dedicação e honestidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pelo apoio material e emocional, aos meus tios (*Ari, Celso, Cristiane, Jair, Josiane, Luiz, Marcia, Neuza e Rogério*) e Avós (João e Alice) pela contribuição prestada em diversas situações, fazendo em muitas ocasiões às vezes de meus pais, proporcionando as condições para que este sonho se concretizasse.

Agradeço ainda aos meus amigos da faculdade, especialmente ao Dioleno, Henrique, Iggor, Fabrício, Fernando, Luiz, Rogério, dentre outros, pelo companheirismo e, principalmente, pelos inúmeros momentos diversão e descontração proporcionados pelas “inúmeras saídas” nas noites curitibanas.

Também agradeço aos demais amigos com quem tive de reduzir o contato por conta da graduação, mas com quem sei que sempre posso contar e que sempre poderão contar comigo (*principalmente Jean Natel, Hugo Massaneiro, Rafael Correa e a galera do CEP*).

Finalmente, não posso deixar de manifestar meus mais sinceros agradecimentos aos Doutores Alexsandro Gomes de Oliveira e Rodrigo Xavier Leonardo, mestres e amigos que me ensinaram muito sobre o Direito e a prática da advocacia e, ainda, por terem despertado meu interesse sobre o presente tema desta monografia.

SUMÁRIO

RESUMO	07
INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I - DIREITOS DE PERSONALIDADE E IMAGEM	09
1.1. A despatrimonialização do direito privado e os direitos de personalidade	09
1.2. Direitos de personalidade quanto a sua concepção	14
1.3 . Direitos de personalidade na constituição federal de 1988	16
1.4. A dignidade da pessoa humana como cláusula geral. os direitos de personalidade no código civil de 2002	22
1.5. Contornos da proteção jurídica da imagem	25
1.6. Autonomia do direito à imagem	26
1.7. Imagem-retrato e imagem atributo	27
1.8. A proteção constitucional do direito à imagem	28
1.9. O consentimento	30
CAPÍTULO II - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A SOBERANIA POPULAR E A SITUAÇÃO TITULARIZADA POR PARTIDOS E MANDATOS ELETIVOS	32
2.1. O sistema republicano	32
2.2. A democracia	33
2.3. O mandato político representativo. histórico e concepções	34
2.4. Teorias da representação política	35
2.5. Os mandatários e as instruções do eleitorado	37
2.6. Os partidos políticos	40
2.7. A soberania popular	44
2.8. A opinião pública	45
2.9. Soberania popular e o papel da imprensa como formadora de opinião	46
CAPÍTULO III - LIMITAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DE PESSOAS PÚBLICAS E PARTIDOS POLÍTICOS	52
3.1. Possibilidades de limitação ao direito à imagem	52

3.2. Interesse público motivado pela segurança nacional	53
3.3. Interesse público motivado pela saúde pública	54
3.4. Interesse público motivado pelo interesse histórico	54
3.5. Interesse público: pessoas públicas	54
3.6. Imprensa como limite à imagem	55
3.7. Liberdade de crônica e liberdade de crítica	57
3.8. Personalidades políticas	60
3.9. Partidos políticos e a tutela da imagem	64
3.10. O humor como forma de exercício democrático da imprensa e seu papel na formação da consciência crítica.	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
BIBLIOGRAFIA	77

RESUMO

A dignidade da pessoa humana é cláusula geral que visa tutelar os direitos de personalidade em geral. Dentre os direitos de personalidade está o direito à imagem, que pode sofrer limitações em algumas situações, haja vista que, não obstante ser sobredireito, nenhum direito é absoluto, podendo ser relativizado quando confrontado à outros direitos fundamentais.

Os eleitores escolhem seus candidatos a partir das informações que recebem da imprensa. É a mídia notória responsável pela formação da opinião pública, sendo que a liberdade de expressão e dos meios de comunicação é também considerada direito fundamental, sobredireito.

Tem-se que em situações de interesse público poderá a imprensa divulgar a imagem de pessoas públicas, inclusive candidatos, titulares de mandados eletivos e até partidos políticos, pessoa jurídica sem finalidade lucrativa fundamental ao processo eleitoral.

No caso da prática de abusos por parte da imprensa, eventual censura será realizada *a posteriori, nunca a priori*, sendo contrária à Constituição Federal a prática de censura prévia, haja vista a importância democrática dos direitos personalíssimos envolvidos.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil, ao passo que os direitos de personalidade são direitos fundamentais consagrados como cláusula pétrea no texto constitucional.

A Constituição Federal assegura a inviolabilidade do direito à imagem, seja a imagem como atributo - conceito que o indivíduo tem em seu meio social-, seja a imagem como retrato - referente à representação física do indivíduo-.

Não obstante à inalienabilidade, inviolabilidade, indisponibilidade e o caráter absoluto do direito à imagem, as constantes evoluções da sociedade e principalmente as inovações tecnológicas criam a cada dia mecanismos mais ágeis para captura, edição, adulteração e difusão das imagens dos indivíduos, seja por meio impresso, televisivo ou digital.

Além da facilidade de armazenar e transmitir imagens há ainda a imprescindível necessidade de compartilhar informações, ao ponto da própria Carta Maior determinar ser competência do Poder Executivo outorgar e renovar a concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Desta forma, percebe-se que o direito à imagem tende a sofrer certas limitações. O presente estudo aborda determinados aspectos de algumas destas limitações, direcionando-se para as decorrentes do conflito entre direito à imagem e liberdade de expressão.

Dá-se especial atenção nesta monografia para a liberdade dos meios de comunicação e a necessidade de divulgação de notícias dotadas de interesse público, que acabam por limitar o direito à imagem de titulares de mandatos eletivos, partidos e candidatos políticos. Para tanto se toma como base lições doutrinárias e alguns julgados da jurisprudência pátria.

CAPÍTULO I

DIREITOS DE PERSONALIDADE E IMAGEM

1.1 A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE.

Da seqüência não linear de fatos que ocorreram e compõe a história da humanidade¹, a compreensão dos reflexos de alguns momentos tem especial relevância para percepção da atual tutela jurídica deferida aos direitos de personalidade, especialmente sua atual proteção no âmbito constitucional.

O ideal liberal impregnado na sociedade burguesa do Sec. XVIII, não obstante ter contribuído para o reconhecimento de garantias formais, propiciou o surgimento de códigos com pretensão de regular todas as nuances da vida em sociedade.²

O Direito Civil, por corolário, visava regular as relações sociais em sua totalidade através do sistema das codificações. Todavia, a realidade demonstrou que os códigos não poderiam cumprir tal tarefa, uma vez que as mudanças legislativas não acompanham as mudanças da sociedade. No dizer de ORLANDO GOMES: “No mundo instável, inseguro e volúvel de hoje a resposta normativa não pode ser a transposição para um código das fórmulas conceituais habilmente elaboradas no século passado, mas comprometidas com uma realidade extinta.”³

Ademais, não obstante o contraste existente entre a lentidão do processo legislativo e a celeridade da modificação das relações sociais, temos ainda que os códigos não atendiam a todos, mas tão somente aos homens de propriedade, especialmente por conta da ideologia burguesa que motivou as codificações.

Neste sentido afirmou PAULO LUIZ NETTO LÔBO:

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Nesse sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se

¹ LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"**. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. - São Paulo: Boitempo, 2005. P. 98.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. p. 101. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/453>>. Acesso em 20.08.2010.

³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8ª.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001, p. 70.

com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não-impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.⁴

Partindo ainda do pressuposto ideológico de que os códigos seriam a grande e onipotente fonte do Direito, entendeu a sociedade burguesa que a atuação jurisdicional deveria ficar engessada. Ao juiz caberia tão somente aplicar a lei, sua interpretação era restrita ao exposto no texto legal.

Neste sentido afirmou MONTESQUIEU no ano de 1748 em sua célebre obra, *O espírito das leis*, na qual dedica parte ao estudo da divisão dos poderes do Estado:

“Dos três poderes que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. (...) os juizes, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.”⁵

A doutrina cristã foi fundamental para o desenvolvimento da atual concepção da dignidade do homem, afastando-se da perspectiva eminentemente patrimonial. Neste sentido TOMÁS DE AQUINO afirmou: “a dignidade é inerente ao homem, como espécie, e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo”⁶.

Também foi fundamental o desenvolvimento do pensamento jusnaturalista, especialmente a partir das idéias iluministas de IMMANUEL KANT, que afirmava em sua lição que as coisas teriam um preço, ao passo que as pessoas uma dignidade.

O preço seria um valor externo, do mercado, referente a interesses particulares. Já a dignidade em Kant seria um valor interior, moral, de interesse geral. O valor geral estaria em status superior ao do valor da mercadoria.⁷

O pensamento jurídico se desdobrou direcionando-se para o entendimento de que o interesse geral da coletividade deve estar acima do interesse individual, o

⁴ LÔBO. *op. cit.* p. 101.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes/ Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota.* – 8. ed. revista. – São Paulo: Saraiva, 2004, p.175/180.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Dignidade da pessoa humana. Fundamentos e critérios interpretativos**, in Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo. Malheiros. 2010. p.107.

⁷ *Ibidem.* p. 107

que não quer dizer que este sempre será preterido, mas que deve ocorrer a conciliação para que seja assegurada a dignidade da pessoa humana.

Em meio a um período de diplomas legislativos estáticos e voltados ao patrimônio, e ante a impossibilidade do judiciário assegurar a proteção do homem frente aos interesses privados, o direito natural teve grande relevância para assegurar, ao menos formalmente, uma série de direitos e garantias do homem.

A revalorização do direito natural, figura própria da idade média, propiciou o surgimento das leis fundamentais⁸, que visavam limitar o absolutismo nas monarquias européias.

As declarações, que foram utilizadas apenas para conter o poder real no Sec. XIII, tiveram notória importância para assegurar o reconhecimento dos direitos fundamentais após a idade média, passando a valorizar o homem como centro do ordenamento jurídico. Devido a influencia jusnaturalista, o ordenamento paulatinamente passa a ser instrumento para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Ao tratar das declarações assim ressalta José Afonso da Silva:

“O reconhecimento de direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.”⁹

Embora seja mais recente o reconhecimento de direitos fundamentais e sua tutela, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, correspondeu a um importante avanço ao assegurar as liberdades formais, tal como liberdade religiosa, liberdade de comunicação e expressão e a igualdade de direitos.¹⁰

A valorização do patrimônio, a valorização do “ter”, lentamente deixa de ser o fim último do Direito. As declarações caminham para que o Direito proteja acima

⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p.151.

⁹ Op. cit. p. 151

¹⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, USP – Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 07/07/10.

de tudo o homem e não somente seus interesses econômicos e patrimoniais, como previa o Estado Liberal Clássico.

Sobre o assunto afirma Maria Helena Diniz:

O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade, punindo ofensas físicas e morais à pessoa, através da *Actio Injuriarum*, em Roma, ou da *Dike Kategorias*, na Grécia. Com o advento do cristianismo houve um despertar para o reconhecimento daqueles direitos, tendo por parâmetro a idéia de fraternidade universal. Na era medieval entendeu-se, embora implicitamente, que o homem constituía o fim do direito, pois a Carta Magna (séc. XIII), na Inglaterra, passou a admitir direitos próprios do ser humano. Mas foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão. Após a 2ª. Guerra Mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando-os na Assembléia Geral da ONU de 1948, na Convenção Européia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas.¹¹

Ainda que não se possa delimitar exatamente todo o sentido da evolução do Direito, e por conseqüência do Direito Civil, certo é que com sua modernização este passou a trilhar no caminho da justiça social, afastando-se do individualismo jurídico clássico, em que o Direito apenas deveria assegurar a igualdade formal e a liberdade civil, deixando para trás a concepção de que o direito seria somente o instrumento para que o indivíduo expandisse livremente sua atividade capitalista por meio do exercício dos atributos de sua personalidade.¹²

Com o afastamento da concepção liberal clássica e com a “valorização do ser a invés do ter”, especialmente pela influência exercida a partir dos ideais jusnaturalistas nas declarações de direitos e posteriormente no período de constitucionalização dos direitos fundamentais, “os institutos civilistas [...] passam a

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1º volume: Teoria Geral do Direito Civil. 18ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo, Saraiva. 2003. p. 118.

¹² GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 71-73.

ter como finalidade primordial a tutela da pessoa humana, no intuito de promover a dignidade desta.”¹³

A dignidade da pessoa humana, elemento identificador do ser humano, que lhe garante as condições mínimas existenciais, passa a ganhar importante relevância. Afirma Ingo Wolfgang Sarlet que a dignidade da pessoa é:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁴

O “plexo de direitos” aptos a tutelar a dignidade da pessoa humana denomina-se direitos de personalidade. Os direitos de personalidade seriam aqueles que resguardariam a dignidade da pessoa humana¹⁵. Seriam, para ORLANDO GOMES, os direitos essenciais à pessoa humana, destinados a resguardar sua dignidade¹⁶. Direitos sem os quais a pessoa não existiria como tal. Na mesma linha:

(...) existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade.¹⁷

Os direitos de personalidade, portanto, protegem os bens mais elevados da pessoa humana, são dotados de caráter essencial.

¹³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao direito civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Jus navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1535, p01/02, 14 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.asp?id=10406>>. Acesso em 23/07/2010

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P.60.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, v.1. p.200.

¹⁶ GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 148.

¹⁷ CUPIS, Adriano de. **Os direitos de Personalidade**. Trad. JARDIM, Adriano Vera e ANTONIO, Miguel Caeiro. Lisboa, Editora Assunção, 1961. p. 17

1.2 DIREITOS DE PERSONALIDADE QUANTO A SUA CONCEPÇÃO

No que se refere à origem dos direitos de personalidade, destacaram-se duas correntes: i) a jusnaturalista, que os considera inatos, ou seja, existentes antes mesmo de terem sido inseridos no ordenamento jurídico; e II) a positivista, que embora seja minoritária, podem ser citados como seus defensores ADRIANO de CUPIS, JOSÉ CASTAN TOBEÑAS¹⁸ e JOSÉ AFONSO da SILVA.

Para a concepção jusnaturalista os direitos de personalidade seriam inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em nível constitucional ou ordinário. BITTAR afirma ainda que seriam intransmissíveis, indispensáveis, absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.¹⁹

Já os positivistas entendem que os direitos de personalidade não seriam propriamente inatos. Cupis argumenta que o ordenamento jurídico-positivo realmente atribui aos indivíduos direitos subjetivos pelo simples fato de possuírem personalidade, e que neste sentido poderiam ser considerados inatos. O ordenamento, todavia, seria o árbitro na atribuição da personalidade e a personalidade diria respeito a todos, salvo as limitações expressas em lei²⁰.

Afastando-se da concepção jusnaturalista, JOSÉ AFONSO DA SILVA prefere delimitar as seguintes características: i) *Historicidade* – todos os direitos nascem e se modificam no curso da história, rechaçando, assim, a idéia de que estariam na essência do homem ou na natureza das coisas, pelo que não se pode aceitar, da mesma forma, que sejam absolutos; ii) *Inalienabilidade* – são direitos intransferíveis e inegociáveis, sendo conferidos a todas as pessoas pela ordem constitucional, pelo que são indisponíveis; iii) *Imprescritibilidade* – os direitos de personalidade nunca deixam de ser exigíveis e, por conta disso, nunca flui tempo de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela coerção; e iv) *irrenunciabilidade* – não admitem renúncia.²¹

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2008. p.6/7

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ CUPIS. *op.cit.* p. 19/20.

²¹ DA SILVA, Afonso. *op. cit.* p. 181.

Foram elaboradas inúmeras classificações para o estudo dos direitos de personalidade. As quais sofreram constantes adaptações com a inclusão de novos direitos por parte da doutrina e jurisprudência, decorrente da necessidade criada pelo progresso da sociedade. Pelo que, segundo BITTAR, se faz necessária a adoção de uma posição flexível.

Para o autor, os direitos de personalidade podem ser distribuídos em *a) direitos físicos* – referentes aos componentes materiais da estrutura humana, tal como o corpo, os membros, os órgãos e a imagem ou efígie; *b) direitos psíquicos* – referentes à integridade psíquica, compreendendo a liberdade, a intimidade e o sigilo; e *c) direitos morais* – referentes aos atributos valorativos compreendendo a identidade, a honra e as manifestações do intelecto.²²

Independente da concepção adotada, positivista ou jusnaturalista, ou da classificação adotada, certo é que os direitos de personalidade foram reconhecidos em inúmeras declarações e atualmente tem *status constitucional*, sendo de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito.

Com a valorização dos direitos de personalidade o fim do ordenamento jurídico não é mais o “ter”, mas sim o “ser”. Isto porque “os direitos de personalidade integram as relações jurídicas que têm como referencial objetivo a própria pessoa. Por isso, pertencem às categorias do ser. A pessoa é ao mesmo tempo sujeito e objeto de direito”²³.

A proteção atual aos direitos de personalidade lhes assegurou posição verdadeiramente superior aos demais direitos, o que seu efetivo especialmente através da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a inviolabilidade dos direitos de personalidade (art. 5º, V e X) e deferiu à dignidade da pessoa humana o status de fundamento da República (art. 1º, III).

²² BITTAR, Carlos Alberto. op. cit. p.11/17

²³ AMARO, Elisabete Aloia. **Responsabilidade civil por ofensa aos direitos de personalidade** In. **Responsabilidade Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. Orgs. NERY, Rosa Maria de Andrade e DONNINI, Rogério. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009

1.3 DIREITOS DE PERSONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Como visto, o século XX foi palco de duas guerras mundiais, palco de inúmeras barbáries e incontáveis situações de desrespeito ao ser humano, o que demonstrou que o positivismo jurídico e o liberalismo não bastavam para proteger os indivíduos na sociedade.²⁴

A mera hierarquização de dispositivos jurídicos ordenados de forma a representar um sistema válido e eficaz não servia, por si só, para proteger o ser humano, para assegurar os direitos de personalidade.

As ordens positivadas, fruto do processo legislativo, caracterizam-se por refletir uma vontade política, e, *per se*, não afiançam a proteção dos direitos do homem – ainda que se cogite apenas das ordens democráticas, pois impossível se pensar em direitos humanos em regimes totalitários ou autocráticos.²⁵

Afirma ELIMAR SZANIAWSKI que “as duas grandes guerras mundiais provocaram um profundo processo de transformação econômico social nos povos, vindo esta mutação a abalar o sistema jurídico idealizado pelos *pandectistas* e pelos codificadores do direito civil²⁶.”

No intuito de resguardar a proteção da pessoa humana as constituições passam a regulamentar e a ditar as diretrizes de campos que até então pertenciam apenas ao direito privado.

O papel ocupado pelas constituições é vital para superar a crise decorrente das codificações:

O fim das ditaduras totalitaristas que dominaram a primeira metade do século XX, e o surgimento de uma nova ordem econômica social resultaram no fato de que o sistema jurídico desenvolvido pelo direito civil clássico não mais respondia aos anseios sociais, nem às necessidades do homem. Esse fenômeno exclui o direito civil da tradicional posição de ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, vindo a ocupar seu lugar a Constituição, que

²⁴ DINIZ, Maria Helena, op. cit. p. 118/119.

²⁵ MELGARÉ, Plínio. **Direitos humanos : uma perspectiva contemporânea - para além dos reducionismos tradicionais**. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 154, p. 71-92, abr./jun. de 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/773>>. Acesso em 17/07/10

²⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.55/56

passou a ditar princípios e regras que constituem e regulam as relações sociais.²⁷

Por certo a humanidade vivenciou no século passado momentos que foram mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de serem assegurados direitos e garantias fundamentais, a necessidade do reconhecimento de sobredireitos²⁸ cuja proteção deve ser realizada acima de tudo. Tal imperativo torna-se claro no Brasil principalmente após o período ditatorial.

Os meios e recursos jurídicos aptos a tutelar os direitos assegurados nas declarações passaram para o interior das constituições, tendo sido denominados garantias constitucionais.²⁹

(...) a Constituição Federal de 1988 impôs ao direito o abandono da postura patrimonialista herdada do sec. XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação.³⁰

Assim leciona AFONSO DA SILVA:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Canotilho e Vital Moreira³¹], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais (...) Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a

²⁷ *ibidem*, p. 56

²⁸ Luiz Edson Fachin cita a lição da professora Carmem Lúcia Antunes Rocha, para quem “a dignidade da pessoa humana seria um ‘superprincípio’ constitucional”. FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo**. Apud Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré. São Paulo. Malheiros. 2010. p.109.

²⁹ DA SILVA, Afonso. *op. cit.* p.167

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Defesa da Constituição, Corte Suprema e Estado Social Democrático**. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 2, n. 3, abr. 2007. p. 104. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20831/1/defesa_constituicao.pdf>. Acesso em 17.07.10.

³¹ CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª. ed. Coimbra. Coimbra Editora. 1984. p. 58 e 59. Apud. AFONSO DA SILVA, *op. cit.* p. 105

ordem social frisar a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.³²

Embora as constituições anteriores tenham reconhecido alguns direitos fundamentais, especialmente a proteção à vida e à liberdade, é na Constituição Federal de 1988, após o regime militar, que se consagrou a inviolabilidade dos direitos de personalidade, que atingiram enorme significação, especialmente porque a constituição: i) colocou os direitos fundamentais antes mesmo da organização do Estado, o que denota que o Estado vem para servir à pessoa; ii) ampliou o rol dos direitos fundamentais; e iii) assegurou o direito de resposta e a indenização por danos morais.³³

A dignidade da pessoa humana é considerada como fundamento da república, sendo assegurada já no art. 1º da Constituição Federal. O que não permite que restem dúvidas sobre a posição central e fundamental que a tutela da pessoa humana ocupa na constituição e por consequência no ordenamento jurídico³⁴.

Ao deixar a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico a Constituição Federal traz uma nova fase ao direito civil, eliminando seu caráter eminentemente patrimonialista. O foco do ordenamento é a busca da dignidade da pessoa, independentemente de qualquer merecimento pessoal ou social. A pessoa é o valor supremo ao qual todos os demais valores se subordinam.³⁵

É a dignidade da pessoa humana o princípio que perpassa todo o ordenamento constitucional, toda expressão constitucional lhe tem como fundamento, pelo que se constitui em critério utilizado para compreensão de toda a

³² DA SILVA, Afonso. *op. cit.* p. 105

³³ OLIVEIRA JUNIOR, Artur Martinho de. **Danos morais e à imagem**. São Paulo. Lex Editora. 2006. p. 20.

³⁴ “Apesar de ser um princípio fundamental em termos jurídico-formais, a dignidade da pessoa humana, infelizmente, ainda não passa do texto da constituição de 1988, tamanho o número de marginalizados e excluídos. Políticamente não se trata de mais nada a não ser mera figura retórica de boa parte dos grupos políticos que pouco se interessam pela efetivação deste princípio. (...) De nada adiantam os remédios constitucionais sem a mobilização popular em prol da emancipação do ser humano em solo brasileiro, sem a reivindicação por melhores condições de vida e pela justiça social.” QUARESMA, Regina e GUIMARÃES de, Francisco. **Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais**. In **Os princípios da Constituição de 1988**. Orgs. PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly. Editora Lumen Juris. 2001. Rio de Janeiro, p. 402.

³⁵ AMARO, Elisabete Aloia. *op. cit.* p. 158

Constituição. A dignidade da pessoa humana se exprime quando são garantidas condições de vida digna para os cidadãos, propiciada a participação popular nos assuntos públicos, bem como assegurada a liberação e autodeterminação do ser humano.³⁶

Os direitos de personalidade são resguardados no art. 5º da Carta Magna, que já em seu caput garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A Constituição vigente avança em relação à constituição militar de 67 arrolando um maior número de direitos dentre os direitos e garantias fundamentais: a proteção à vida privada, à honra, à imagem, aos direitos autorais, às participações individuais em obras coletivas, à reprodução da imagem e da voz humanas, entre outros.³⁷

A emancipação do ser humano também é assegurada através do reconhecimento do estado laico³⁸ e da proteção à liberdade de crença³⁹. Esta, assegurando a individualidade e a liberdade dos cidadãos lhes permite optar por ter ou não uma religião de sua escolha, bem como por crer ou ser ateu⁴⁰.

Independente de qualquer crença majoritária na sociedade o indivíduo é livre no que se referem as suas concepções e aos seus valores. Conforme afirma Alexandre de Moraes, “a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado, respeito ao ateísmo.”⁴¹

³⁶ QUARESMA. *op. cit.* p. 402.

³⁷ BITTAR. *op. cit.* p.60/61

³⁸ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – Estabelecer cultos religiosos ou Igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.(...).

³⁹ Art. 5º, VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida na forma da lei, a proteção aos locais de cultos religiosos e suas liturgias.

⁴⁰ GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro. 2004. Editora Renovar. p. 73.

⁴¹ **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º A 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo. Editora Atlas S.A. 1998. p. 127.

Vale ressaltar que o rol presente na Constituição Federal não exclui outros, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela mesma Constituição Federal, conforme art. 5º, §2, CF⁴².

A dignidade da pessoa humana e por corolário os direitos de personalidade são, como ressalta o título primeiro da carta magna, princípios fundamentais.

A opção legislativa da adoção de princípios vem justamente para assegurar e garantir o que um sistema puro de regras de direito positivo não poderia garantir por si só. Trata-se de uma superação do formalismo que não reconhecia o valor normativo em todos os dispositivos constitucionais, negando eficácia principalmente aos de maior abertura semântica e menor densidade jurídica: os princípios. Certo é que o enfoque dado aos princípios deve-se principalmente à importância atribuída aos direitos fundamentais nas décadas anteriores a promulgação da Constituição.⁴³

A distinção entre princípios e regras para ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN é evidenciada a partir da forma de solução demandada para os casos de colisão, ao que esclarecem as professoras JANE REIS GONÇALVES PEREIRA e FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA:

Nas hipóteses que entram em conflito duas regras, só pode haver duas formas de solução: introduzindo-se uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida uma das regras (...). Quanto às colisões de princípios, devem ser solucionadas de forma completamente diversa. A solução não se encontra em declarar a invalidade de um dos princípios, ou em entender um deles como uma exceção ao outro. Sempre que dois princípios, aplicáveis a um mesmo caso, entram em conflito – por conterem mandamentos opostos – um dos princípios tem que ceder em face ao outro. E a determinação sobre qual princípio deve ceder – e em que medida – é feita a partir de um processo de ponderação do peso que cada um deles tem no caso concreto. (...) Assim, na hipótese em que algo é permitido por um princípio mas vedado por outro, um dos princípios deve recuar, sem que

⁴² Constituição da República Federativa do Brasil. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. **A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais. Notas sobre a Distinção entre Princípios e Regras.** In **Os princípios da Constituição de 1988.** Orgs. PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly. Editora Lumen Juris. 2001. Rio de Janeiro, p. 4.

algun deles seja declarado inválido. (...) os princípios coexistem, enquanto as regras antinômicas excluem-se.⁴⁴

A partir do disposto no art. 5º, §2º da Constituição Federal percebe-se que o constituinte quis deixar claro que os direitos e garantias fundamentais descritos na Constituição não são *numeros clausus*, pois pertencem a um todo muito maior, englobando inclusive direitos e garantias assegurados em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Se por força de norma constitucional os direitos de personalidade inseridos no rol do artigo quinto podem ser expandidos de acordo com a necessidade da tutela à dignidade da pessoa humana, também por força de norma superior tal rol não pode ser reduzido.

O constituinte deixou clara a possibilidade de alteração da enumeração de direitos e garantias fundamentais. Tal alteração, todavia, apenas para resguardar ainda mais a dignidade da pessoa humana. Por tal motivo, o artigo 60 da Constituição Federal⁴⁵ veda qualquer emenda constitucional que tenda a limitar os direitos e garantias individuais.

A Constituição da República Federativa do Brasil é um texto avançado, trazendo inovações de relevante importância ao constitucionalismo brasileiro e até mundial. Não obstante ter mencionado já em seu artigo primeiro que a dignidade da pessoa humana é fundamento da república, a Carta Magna, que é dividida em nove títulos dedica o primeiro título aos princípios fundamentais e o segundo aos princípios e garantias fundamentais.⁴⁶

Tamanha a importância dada aos direitos de personalidade, tal Constituição, que teve ampla participação popular em sua confecção, foi denominada por Ulysses Guimarães como a “Constituição Cidadã”, vez que é precipuamente destinada à realização da cidadania.⁴⁷

⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e LUCAS DA SILVA. *op. cit.* p.11/18

⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

⁴⁶ DA SILVA, Afonso. *op. cit.* p. 89

⁴⁷ DA SILVA, Afonso. *op. cit.* p. 90

Se a Constituição Federal procurou assegurar a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, o Código Civil de 2002⁴⁸ seguiu a mesma linha do texto constitucional, lançando mão da técnica legislativa da cláusula geral.

1.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

O Código Civil de 2002 tipificou diversos direitos de personalidade nos artigos 11 a 21, sendo evidente que o intuito do legislador não foi esgotar a matéria sobre os direitos de personalidade em apenas 10 artigos, o que talvez não pudesse ser alcançado por nenhuma legislação positiva, haja vista a constante ocorrência de modificações sociais e tecnológicas aptas a ferir a personalidade, ensejando a pronta tutela jurisdicional. A fim de tutelar os direitos sem que seja necessário constar do código um rol exaustivo lançou-se mão da técnica legislativa da cláusula geral.⁴⁹

Embora a técnica legislativa da cláusula geral não tenha sido expressa na parte do código que trata dos direitos da personalidade, art. 11 a 21, como fora com a ‘boa-fé objetiva’ - arts. 113, 187 e 422 do Código Civil - e com a ‘função social do contrato’ – art. 421 do Código Civil – certo é que por conta de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, especialmente a partir da Constituição Federal que incluiu a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, tem-se que os direitos de personalidade são também tidos como cláusula geral.

O Código Civil de 2002 inspira-se na Constituição de 1988, foi produzido em uma realidade diferente da do código de 1916⁵⁰, não seguindo como paradigma o clássico código de estrutura fechada, mas sim a Constituição repleta de modelos abertos. A abertura semântica decorrente da utilização de cláusulas gerais denota que o código não tem como objetivo dar previamente todas as respostas aos

⁴⁸ Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002

⁴⁹ VENDRUSCOLO, Weslei. **Direito a própria imagem e sua proteção jurídica**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, área de concentração em Direito das Reações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador Eroulthus Cortiano Junior. Curitiba 2008.

⁵⁰ Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

problemas, mas sim permitir que as soluções sejam progressivamente construídas pela jurisprudência.⁵¹

Sobre a característica de um código elaborado a partir de cláusulas gerais, assim sintetiza Judith Martins Costa:

Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais⁵²

Para que não restassem dúvidas de que o rol descrito no Código Civil não era exaustivo e que se tratava da técnica da cláusula geral, o Superior Tribunal de Justiça exarou o Enunciado 274, na IV Jornada de Direito Civil, entendendo que a proteção dada pelo Código Civil aos direitos da personalidade representa uma forma de emanção da cláusula geral da dignidade da pessoa humana⁵³:

Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Ao Tratar dos direitos de personalidade o Código Civil de 2002⁵⁴ assegurou aos mesmos a característica da intransmissibilidade e irrenunciabilidade, bem como da impossibilidade de ter seu exercício limitado.⁵⁵ Assegurou ainda a possibilidade ao titular do direito e a seus parentes em linha reta ou colateral até quarto grau, em

⁵¹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O direito privado como um sistema de construção e as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro**. In. FERREIRA, Aparecido Hernani. **O novo código civil – discutido por juristas brasileiros**. Campinas, SP. Editora Bookseler: 2003. p. 230 e 235.

⁵² COSTA, Judith Hofmeister Martins. *op. cit.* p. 230.

⁵³ VENDRUSCOLO, *op. cit.* p. 53.

⁵⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁵⁵ OLIVEIRA JUNIOR, Artur Martinho *op cit.* p. 22

caso de morte daquele, de exigir que cesse eventual lesão ou ameaça a direito da personalidade, podendo ainda reclamar perdas e danos⁵⁶.

O Código Civil proibiu a disposição do próprio corpo quando esta for prejudicial à integridade física ou contrariar os bons costumes, ressalvada a possibilidade de exigência médica⁵⁷. Permitiu, todavia, a disposição do corpo no todo ou em parte após a morte, para fins científicos, assegurando, neste particular, a possibilidade de doação de órgãos⁵⁸. Assegurou também a proteção ao nome e ao pseudônimo⁵⁹.

Ressalvou ainda a proteção à vida privada⁶⁰ e à imagem⁶¹. Ainda que tenha lançado mão de tímido rol de direitos de personalidade, limitando-se a 11 artigos do Código Civil, o legislador avança em relação à legislação infraconstitucional anterior.

Os direitos de personalidade encontravam disciplina esparsa e marginal no Código Civil de 1916, ao passo que o código atual passa a tratar o tema de forma objetiva. Não obstante não esforçar-se em esgotar a matéria, traça princípios e fundamentos para orientar o interprete, deixando à doutrina e à jurisprudência a tarefa de preenchimento de lacunas. Assim, embora a matéria tenha sido abordada dentro do código, sua maior projeção perpassa a codificação.⁶²

⁵⁶ Art.12. Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge, sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

⁵⁷ Art. 13. Salvo por exigência médica é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo Único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial;

Art.15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁵⁸ Art. 14. É Válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo Único. O ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo.

⁵⁹ Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome;

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória;

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial;

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

⁶⁰ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁶¹ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

⁶² BITTAR, Carlos Alberto. *op. cit.* p.42/46

1.5 CONTORNOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA IMAGEM.

A imagem é atributo do ser humano, integra os direitos de personalidade, sendo elemento importante para proteção da dignidade da pessoa humana.⁶³

O Código Civil de 1916 dedicou o inciso X do art. 666 para o tratamento do direito à imagem, tratou-se de dispositivo precursor no ordenamento jurídico brasileiro que, embora vinculado ao direito autoral, representou proteção a imagem-retrato⁶⁴:

Art. 666. Não se considera ofensa ao autor:

X – a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.

Embora recente sua proteção como direito de personalidade, a imagem sempre possuiu fundamental importância na sociedade, ressaltando-se a necessidade de ser assegurada e protegida pelo direito positivo.

Desde os tempos mais remotos a imagem acompanhou o ser humano, já no ‘tempo das cavernas’ o homem procurou reproduzir em desenhos feitos nas pedras feições de pessoas, animais e objetos. Artes plásticas e literatura projetaram imagens de obras e seus autores. Religiões antigas politeístas e as atuais monoteístas procuraram cultuar as divindades por intermédio de imagens reproduzidas em desenhos e esculturas.⁶⁵

Em decorrência do advento da fotografia, e posteriormente com as novas tecnologias que permitem captar e transmitir a imagem das pessoas ao mundo inteiro em velocidade cada vez maior, de modo a suscetibilizar cada vez mais o direito à imagem, novos instrumentos jurídicos tem de ser construídos.⁶⁶

⁶³ VENDRUSCOLO. *op. cit.* p. 74.

⁶⁴ A distinção ente imagem-retrato e imagem-atributo será tratada no tem 1.7, capítulo I.

⁶⁵ SIQUEIRA DE LIMA, Arnaldo. **O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação.** Dissertação apresentada à Universidade Católica de Brasília, como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de mestre em direito, sob a orientação do Professor Doutor Luis Carlos Martins Alves Júnior. Coorientação, Professor Doutor Andreas J. Krell. Brasília, 2003.

⁶⁶ VENDRUSCOLO, *op. cit.* p. 77

1.6 AUTONOMIA DO DIREITO À IMAGEM

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais em geral trilharam um longo caminho até seu efetivo reconhecimento nas declarações e nas constituições. Não foi diferente com o direito à imagem, que embora atualmente seja considerado instituto autônomo por maior parte da doutrina foi por muitos tido como mero reflexo de outros bens jurídicos.

Diversas teorias ditas reducionistas do *ius imaginis* o reduziram a um capítulo de outros bens jurídicos. Para tais juristas, ao se ferir a imagem, em verdade estaria se atingindo o direito à honra, ao próprio corpo, à intimidade, à identidade, à liberdade, entre outros.⁶⁷

A proteção da imagem quando tida como mero reflexo de outros institutos não se dá de forma plena e eficaz. É Neste sentido a lição de LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO:

A imagem, é preciso reconhecer, é ferida em outras situações em que a honra pode ser deixada de lado, havendo, mesmo assim, violação da imagem. É o caso da usurpação da fotografia. (...) Quanto a imagem-atributo, não pode ser enquadrada no direito à honra, constituindo bem autônomo. O conjunto de características sociais que envolvem o indivíduo, determinadores de seu conceito social não se confundem com a honra.⁶⁸ (...) Posso utilizar a imagem de outrem como sendo a minha, sem lhe ferir a intimidade. (...) A intimidade é insuficiente para englobar todos os casos de violação da imagem. Quanto à imagem atributo, pode haver violação de imagem profissional de um indivíduo ou mesmo da imagem de uma pessoa jurídica, assim como de seus produtos, sem que haja qualquer ameaça ao direito à intimidade.⁶⁹ (...) impossível dar ao direito à própria imagem lugar entre a intimidade, honra ou identidade. A proteção seria insuficiente, omissa e incompleta, causando situações de injustiça.⁷⁰

A autonomia do direito à imagem ocorreu quase naturalmente em decorrência das descobertas tecnológicas como fotografia, filmagem, internet, televisão e jornais. A questão, todavia, foi efetivamente solucionada com a inclusão do direito à imagem de forma autônoma na Constituição Federal⁷¹.

⁶⁷ VENDRUSCOLO, *op. cit.* p. 89

⁶⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 35

⁶⁹ ARAUJO. *op. cit.* p. 39

⁷⁰ ARAUJO. *ibidem.* p. 41

⁷¹ VENDRUSCOLO, *op. cit.* p.106/107

A proteção autônoma do direito à imagem restou consagrada especialmente a partir do disposto no art. 5, incisos, V, X e XXVIII, 'a' do texto constitucional:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

V – é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXVIII – São assegurados nos termos da lei:

a) proteção as participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Certo é que o texto constitucional representou grande avanço ao elevar o direito à imagem à esfera constitucional, ao considerá-lo direito de personalidade, e ao incluir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

No que se refere à tutela do direito à imagem, o texto constitucional vai muito além do disposto no código civil de 1916, o constituinte de 1988, além de reconhecer a autonomia deste bem jurídico, em especial por colocá-lo ao lado de outros bens como intimidade, honra e vida privada (art. 5º. X), pretendeu proteger mais de uma espécie de imagem. Além da imagem retrato, protegeu-se a denominada imagem atributo⁷².

1.7 IMAGEM-RETRATO E IMAGEM ATRIBUTO.

A imagem retrato trata-se em linhas gerais da reprodução da imagem física do indivíduo. Em maior amplitude que a definição alcunhada pelo dicionário ao termo imagem como a reprodução da pessoa coisa ou ser, obtida por diversos processos, tal como pintura, escultura e fotografia, Walter de Moraes assevera⁷³:

“A idéia de imagens não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da caricatura (...) Compreende, além,

⁷² ARAUJO. *op. cit.* p. 27.

⁷³ ARAUJO, *ibidem*. p. 28

a imagem como a de fotografia e rádio-fusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade.”⁷⁴

Para Hermano Durval, o “Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homem, mulher, bebê) no mundo exterior.” ⁷⁵

A concepção atual de imagem vai além do mero retrato, compreende-se a partir das relações sociais:

“Como já anunciado, o texto constitucional, atendendo a um novo conceito de imagem, tratou de discipliná-la de forma diferente da primeira, a imagem-retrato.

A imagem-atributo é consequência da vida em sociedade. O homem moderno quer em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São característicos que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. É importante verificar que tal característica não se confunde com qualquer outro bem correlato à imagem, como a honra, por exemplo (...) Trata-se da concepção moderna do termo. A imagem do Poder Judiciário, a imagem do Presidente da República, a imagem do líder religioso, a imagem do político. São expressões novas, correntes e incorporadas ao vocabulário nacional, de forma a determinar uma proteção certa e individualizada. Dessa maneira, podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de característicos apresentados socialmente por determinado indivíduo.”⁷⁶

A imagem-atributo compreende o indivíduo no meio em que desenvolve suas atividades sociais, sejam profissionais, familiares, comerciais ou econômicas. Trata-se do conjunto de atributos que o indivíduo reúne durante e por ocasião das atividades que desenvolve no meio social.⁷⁷

1.8 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À IMAGEM

O texto constitucional protege a imagem de forma expressa e efetiva. O tratamento do instituto que antes ocorria apenas de forma implícita passa a ser

⁷⁴ MORAES, Walter. Direito a Própria imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo (443): 64-81, set. 82 e (444): 11-28, out/83. in ARAUJO, op. cit. p. 28.

⁷⁵ DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 105

⁷⁶ ARAUJO. *op. cit.* p. 31/32

⁷⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Artur Martinho. *op. cit.* p. 49.

explícito, mencionado três vezes na parte imutável da Constituição, tendo status de cláusula pétrea⁷⁸.

A Constituição assegura, no magistério de ARAUJO⁷⁹, uma 'dupla proteção inovadora'. Por um lado protege-se a imagem-retrato, reconhecida ao lado da honra, da vida privada e da intimidade (art. 5º. X) Por outro é protegida a imagem-atributo, reconhecida ao lado do direito de resposta (Art. 5º. V e 220, §1º⁸⁰).

A proteção constitucional é cristalina. Não obstante a isso, o Código Civil de 2002 parece em seu artigo 20 querer condicionar a proteção do direito à imagem tão somente a lesão à honra, boa fama e respeitabilidade, ou quando a divulgação tiver finalidade comercial.

Na realidade, embora possa surgir um dano moral da exposição indevida da imagem de alguém, nem sempre dessa divulgação nasce um dano desta natureza. Há imagens que não denigrem, de forma alguma, uma pessoa, mas a simples exposição, sem que haja a devida autorização, resulta numa violação ao direito de imagem. (...) Assim, posto seja um dano extrapatrimonial o prejuízo causado à imagem de uma pessoa, a exemplo do que ocorre com o dano moral, são institutos distintos, desde o advento da Constituição Federal de 1988.⁸¹

Tal interpretação configura ofensa ao texto constitucional, visto ser consolidado o entendimento basilar de que a legislação ordinária é interpretada a luz da Constituição Federal.

Não é, e não deve ser, a legislação ordinária utilizada como parâmetro para interpretação dos dispositivos constitucionais. Se assim fosse, de nada adiantaria a sua inclusão dentre as garantias fundamentais e sua proteção como cláusula pétrea a partir do texto constitucional.

(...) a redação conferida pelo art. 20 do código civil poderá ensejar, mesmo que de forma não correta, interpretações de que a imagem no Brasil somente é resguardada se a sua divulgação acarretar uma lesão à honra ou houver a divulgação para fins comerciais. (...) o que o código civil tutelou

⁷⁸ ARAUJO. *op. cit.* p. 72.

⁷⁹ ARAUJO. *ibidem.* p. 75

⁸⁰ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição. §1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º IV, V, X, XIII e XIV.

⁸¹ DONNINI, Oduvaldo e DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua qualificação à luz do novo código civil.** Editora Método. São Paulo, 2002. p. 62/63

não foi o direito à imagem, mas sim a honra do seu titular, e o resguardou de eventual conteúdo econômico na divulgação de sua imagem. A prevalecer a exegese meramente infraconstitucional, aquele que somente teve a sua imagem captada (não divulgada), sem que houvesse sido lesado em sua honra ficaria desguarnecido de qualquer proteção jurídica do ordenamento; vale dizer: o titular da imagem não poderia impedir que qualquer pessoa captasse e armazenasse a sua imagem por qualquer meio, desde que não ocorresse a sua divulgação para fins comerciais e que não tivesse havido lesão à honra. Tal exegese é contrária ao Princípio da Supremacia da Constituição⁸² em face dos atos normativos que lhes são inferiores e subordinados.

1.9 O CONSENTIMENTO

No que concerne à proteção do direito à imagem, o consentimento na utilização da imagem é tema de grande relevância. Tal consentimento, todavia, não precisa ser formal, escrito, pode ser presumido. Havendo manifestação inequívoca para captação e utilização da imagem pode se configurar o consentimento. Ademais, tal consentimento deve ser realizado de forma específica, não podendo se realizar de forma genérica. Vale dizer, se há consentimento para o uso da imagem vinculada a um determinado produto, somente este produto pode utilizá-la.⁸³

Denomina-se exercício negativo de direito à imagem quando o indivíduo se opõe a sua captação e/ou utilização. O exercício positivo, por sua vez, se configura quando ocorre o consentimento. A questão do consentimento positivo, todavia, não pode resultar em uso indiscriminado da imagem, haja vista tratar-se de direito de personalidade e, por conseqüência, ser tido pela doutrina majoritária como extrapatrimonial e indisponível.⁸⁴

No que concerne à alguns direitos de personalidade, especialmente ao direito à imagem e direito autoral, tem-se que em decorrência do progresso tecnológico o caráter absoluto e indisponível destes direitos é relativizado:

Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, como tem assentado a melhor doutrina, como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código(...)

Mas, frente a necessidades decorrentes de sua própria condição, da posição do titular, do interesse negocial e da expansão tecnológica, certos direitos da personalidade acabaram ingressando na circulação jurídica,

⁸² VENDRUSCOLO. *op. cit.* p. 115.

⁸³ ARAUJO. *op. cit.* p. 88/90

⁸⁴ VENDRUSCOLO. *op. cit.* p. 120/122

admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte de seu titular, sem, no entanto, afetar-se seus os caracteres intrínsecos.

Referimo-nos em especial, aos direitos autorais, que sob o aspecto moral – em princípio inatingíveis – comportam, no entanto, em concreto, certos temperamentos em razão do próprio interesse do titular em ampliar o círculo de influência de sua obra e, em consequência, aumentar suas receitas patrimoniais (...). Também o direito à imagem – frente ao acentuado uso de pessoas notórias na promoção de empresas e de produtos comerciais – é disponível, na prática, mediante remuneração convencionada, mas sempre na exata medida e nos limites ditados pela vontade do titular. Ainda os direitos do corpo, ou à parte, ou ao órgão, frente a situações altruísticas, ou científicas, podem ser cedidos em concreto, possibilitando, por exemplo, os transplantes e outras operações de cunho humanístico.⁸⁵

Havendo o consentimento a questão da disposição, a título oneroso ou gratuito, tende a ser solvida de maneira mais simples. Há, todavia, casos em que não há consentimento e, não obstante a contrariedade de seu titular, a doutrina e jurisprudência autorizam o seu uso, lhe conferindo licitude. O que será analisado na terceira parte deste estudo.

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *op. cit.* p. 11/12

CAPÍTULO II

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A SOBERANIA POPULAR E A SITUAÇÃO TITULARIZADA POR PARTIDOS E MANDATOS ELETIVOS

2.1 O SISTEMA REPUBLICANO

O Sistema Republicano é tido como princípio fundamental por nossa Constituição Federal⁸⁶. Trata-se da forma de governo, do modo como se dá a instituição do poder em nossa sociedade.⁸⁷

O Sistema Republicano além da tripartição de poderes tem como condição que o Poder Legislativo e o Poder Executivo derivem de eleições populares. Vale dizer: a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, dos Governadores Estaduais, dos Prefeitos Municipais, a existência de assembleias e câmaras populares nas três órbitas de governos, eleições periódicas e mandatos por tempo limitado.⁸⁸

Afirma GERALDO ATALIBA⁸⁹ que os princípios mais importantes do Estado brasileiro são o princípio da Federação e o da República, determinando, inclusive como deverão ser interpretados os demais princípios. Daí já constarem em primeiro lugar, no art. 1º. Carta Magna.

A República ganha corpo através do conjunto de instituições que em funcionamento harmônico visam assegurar a soberania popular. A função pública no regime republicano é exercida pelos representantes da comunidade, do povo, que os elege para que governem em seu nome. Daí se infere que o mandato é o instituto central das preocupações doutrinárias e de todas as questões do cerne da República. É através do mandato que a idéia da representatividade traduz-se e viabiliza as instituições republicanas.⁹⁰

⁸⁶ TÍTULO I. Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...). Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁸⁷ SILVA, Afonso da. *op. cit.* p.102.

⁸⁸ SILVA, Afonso da. *op. cit.* p. 103.

⁸⁹ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo. 2001. Editora Malheiros. 2ª. ed. p. 36.

⁹⁰ ATALIBA. *op. cit.* p.90.

Desta forma, o mandato está no centro da construção república. “É seu instrumento de viabilização. Não pode se cogitar de representação sem meios idôneos de sua eficácia. Sem mandato não há república”⁹¹

2.2 A DEMOCRACIA

Também assegurado já no art. 1º da CF, o princípio democrático é o verdadeiro fundamento do regime político brasileiro. A democracia se funda na soberania popular, vez que o povo é a única fonte de poder. É através da participação direta e indireta do povo no poder que a vontade popular se reflete. O Governo deve ser do povo, este é fonte e titular do poder, daí decorre que o Governo deve liberar o homem de toda imposição autoritária, lhe garantindo segurança e bem estar. O Governo deve ainda ser pelo povo, vez que para ser legítimo deve se fundamentar na vontade popular, no consentimento popular. O povo pode aderir livremente ao governo, que é legitimado através da técnica da representação política.⁹²

A democracia costuma ser abordada de diferentes formas, ao ponto de BONAVIDES afirmar que é o “substantivo mais adjetivado da Ciência Política”⁹³. A democracia ora é encarada de forma substancial ora de forma instrumental e hora como combinação entre ambos. Pelo que ENEIDA DESIREE SALGADO, lembra a lição da professora MARIA MACEDO NERY FERRARRI, para quem a democracia seria ao mesmo tempo filosofia, ideal, crença e processo:

Como filosofia podemos considerá-la como modo de vida, no qual deve existir o respeito e a tolerância pelas opiniões divergentes no relacionamento social. Como ideal porque é um nível a atingir, posto que se modifica e se ajusta conforme a época e o desenvolvimento social, científico-tecnológico, político e jurídico. Como crença porque existe a convicção de que a segurança do mundo existe dela. Como processo, porque através dela se realiza a participação do povo na organização e

⁹¹ ATALIBA. *ibidem*. p. 91

⁹² SILVA, Afonso da. *op. cit.* p. 135

⁹³ BONAVIDES. **Política e Constituição: os caminhos da democracia**. p. 501. *Apud*. SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia. Tijolo por tijolo em um desdenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte. 2007. Editora Fórum. p. 36

exercício do poder político, correspondendo ao poder exercido pelo povo, ou pelo seu maior número.⁹⁴

Um sistema democrático de qualidade tem como pressuposto a normalidade e a lisura das eleições, bem como um resultado que acarrete a maior identificação possível entre a vontade do eleitorado e a formação da casa legislativa. Trata-se do princípio da autenticidade eleitoral, que exige fidedignidade da representação política. Nesta linha, a professora ENEIDA DESIREE SALGADO pondera que se por um lado é certo, que o sistema de votação brasileiro é exemplar, haja vista que poucas vezes questiona-se seu resultado, denotando-se então legitimidade, por outro há um descompasso entre as instituições e os anseios pessoais alimentados por promessas de campanha.⁹⁵

O mandato vincula-se à idéia de representação, assumindo caráter de delegação ou de uma relação fiduciária. Como relação fiduciária diz-se que o representante agirá com liberdade, tomará decisões fundamentadas em seu discernimento, ao passo que na delegação o representante é mero porta-voz do delegatário, podendo, neste caso, o mandato ser revogado.⁹⁶

No Direito Constitucional o termo *mandato* é utilizado para referir-se a poderes políticos. É a eleição que legitima o mandato político.⁹⁷

2.3 O MANDATO POLÍTICO REPRESENTATIVO. HISTÓRICO E CONCEPÇÕES

O mandato eletivo surgiu na Inglaterra, tendo se consolidado como instrumento de representação popular especialmente com a independência dos Estados Unidos da América, em 1776, e com a Revolução Francesa, de 1789. Tais

⁹⁴ FERRARI. **O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão.** In BASTOS, Celso (ed.) *Democracia. hoje: um modelo político para o Brasil*. P. 213. Apud. SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia.** Op. cit. p. 39.

⁹⁵ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais.** Belo Horizonte. 2010. Editora Fórum. p. 54.

⁹⁶ CALIMAN, Auro Augusto. **Mandato Parlamentar. Aquisição e Perda Antecipada.** São Paulo. 2005. Editora Atlas S.A. p. 37/38.

⁹⁷ CALIMAN, op. cit. p. 38

eventos materializaram as idéias de John Locke e Montesquieu, reconhecendo a titularidade do poder ao povo, que o exerceria através de representantes eleitos.⁹⁸

Se no período anterior às revoluções o rei titularizava o poder por vontade divina, era o soberano em decorrência do sobrenatural, após as revoluções apenas o povo é o soberano. Tal idéia de democracia difundiu-se na maior parte dos países e prevalece no Brasil desde 1891.⁹⁹

A evolução da concepção da soberania popular acabou por ser reconhecida formalmente em inúmeros diplomas legislativos. Atualmente a própria Constituição Federal em seu art. 14 reconhece a soberania popular, que é exercida pelo sufrágio universal.

(...) a soberania popular é a qualidade máxima do poder extraída da soma dos atributos de cada membro da sociedade estatal encarregado de escolher os seus representantes no governo através do sufrágio universal e do voto direto, secreto e igualitário¹⁰⁰

2.4 TEORIAS DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A questão da representação política pode ser tratada de três formas distintas, primeiro entendendo-se que representação estaria associada à idéia de autoridade ou delegação. Tal teoria, encampada por Hobbes e Rosseau, consiste na idéia de que os representados respaldam as ações de seus representantes por meio do processo eleitoral. Neste modelo a função do representante é transmitir a vontade dos eleitores, vale dizer: “As posições assumidas pelos representantes que não encontrem respaldo nos seus representados ficam sem qualquer efeito”¹⁰¹.

Temos ainda a idéia da representação como relação de confiança e uma terceira teoria que trata do modelo da representação como espelho, também denominado como *Reflexo de Alguém* ou de *Alguma Coisa*¹⁰². Modelos cujas características básicas serão adiante verificadas em uma rápida apresentação.

⁹⁸ PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal**. São Paulo. 2006. Editora Atlas. p. 89.

⁹⁹ PINTO. *op. cit.* p. 90/91

¹⁰⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4ª. Ed. São Paulo. 2002. Editora Saraiva. p. 437.

¹⁰¹ MEZZAROBÀ, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro. 2004. Editora Lumen Juris. p. 58

¹⁰² MEZZAROBÀ, *op. cit.* p. 57

ORIDES MAZZAROBÁ atribui a EDMUNDO BURKE em seu *Discurso aos eleitores de Bristol*, proferido em novembro de 1774, a defesa do modelo da representação como relação de confiança. Para BURKE, afirma o autor, a legitimação de um governo estaria em sua composição por uma elite¹⁰³ que seria mais capacitada para governar. Para MAZZAROBÁ, tal modelo consiste em que no ato da escolha do candidato, na hora de votar, o eleitor deposite toda sua confiança no representante, sabendo o eleitor que ao votar está transferindo o Poder ao representante para que este possa legislar sobre condutas gerais.¹⁰⁴

Evidentemente este modelo elitista não se coaduna com o ideal de democracia preconizado pelo Estado constitucional brasileiro. Sem sombra de dúvidas, garantir o acesso de cargos representativos apenas à elite contraria o princípio da igualdade e extrapola os requisitos constitucionais para elegibilidade, conforme disposto no art. 14 e incisos da Constituição Federal¹⁰⁵.

¹⁰³ Atualmente, em posição minoritária, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ainda defende o elitismo democrático, no qual o governo deveria pertencer a uma elite formada conforme a tendência democrática, voltada para o interesse popular. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª. ed. p. 73. Saraiva. 1989. São Paulo.

¹⁰⁴ MAZZAROBÁ, *op. cit.* p. 63/65

¹⁰⁵ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997) § 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. § 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994) § 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação,

O princípio da isonomia ou igualdade impõe que a todos os residentes em território brasileiro será dispensado igual tratamento, não sendo admitida nenhuma forma de discriminação. Com base na isonomia a Constituição Federal buscou abolir todos os privilégios de classe ao acolher o princípio republicano (art. 1º, caput). Devem, portanto, os candidatos contar com as mesmas oportunidades. A igualdade aí é formal, não material, visto que partidos maiores têm maior espaço na mídia, todavia, a todos é assegurado espaço no horário eleitoral gratuito.¹⁰⁶

Para o terceiro modelo o mandatário representaria interesses sociais e econômicos para o funcionamento da sociedade. Para tal concepção as principais características a serem espelhadas da sociedade pelo órgão representativo são as ideológicas, socioeconômicas, profissionais, religiosas, culturais, étnicas e também de minorias sociais¹⁰⁷.

2.5 OS MANDATÁRIOS E AS INSTRUÇÕES DO ELEITORADO

Por conta do sistema eleitoral, do mandato representativo, após as eleições a soberania nacional desloca-se para o órgão representativo. Desta forma, ainda que as opiniões dos representados devam ser levadas em consideração, os representantes não necessitam cumprir fidedignamente as instruções do povo. O mandato representativo funciona conforme o princípio da substituição política, desvinculado de qualquer obrigação contratual de direito privado.¹⁰⁸

Não se determina através da representação a vontade geral, mas sim uma síntese das vontades por meio de processos políticos com respaldo da ordem jurídica. O governo representativo depende de técnicas eletivas para provimento do cargo, regras de investidura, tempo de duração e modo de exercício. Destarte, quando o povo legitima a representação popular atribui uma condição para o desempenho de atividades conforme o estatuto jurídico pertinente.¹⁰⁹

instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. § 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé..

¹⁰⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 2ª. Ed. Belo Horizonte. 2008. Editora Del Rey. p. 44

¹⁰⁷ MEZZAROBÀ. *op. cit.* p. 65

¹⁰⁸ MEZZAROBÀ, *op. cit.* p. 76.

¹⁰⁹ RIBERIO, Favila. **Direito eleitoral**. 3ª. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1988. p. 37.

RIBEIRO¹¹⁰ enumera algumas conseqüências inerentes a representação política: i) decorre da habilitação pelo corpo eleitoral; ii) os eleitos representam a unidade e não um corpo reduzido de eleitores ou determinada circunscrição eleitoral; iii) o mandato é a figura jurídica que habilita o eleito; iv) os eleitores não podem revogar a investidura representativa¹¹¹; v) a investidura tem prazo estipulado para sua duração; vi) os integrantes do corpo eleitoral são competentes para conferir a representação.

Afirma José Afonso da Silva que o mandato é denominado *político-representativo* por constituir uma situação jurídico-política que acarreta que através do instrumento eleitoral alguém desempenhe uma função política na democracia representativa. O autor diferencia o *mandato representativo* do *mandato de direito privado* e do *mandato imperativo*: mandato em direito privado é, para o autor, um contrato no qual o outorgante confere ao outorgado poderes para representá-lo em determinado negócio jurídico; no mandato imperativo o titular fica vinculado às instruções dos eleitores cujas instruções teria que seguir nas assembléias parlamentares.¹¹²

Prossegue o autor afirmando que o mandato representativo é uma criação do Estado liberal burguês para manter distinto o Estado da sociedade. Através da teoria da representação política, concretizada no mandato, o representante não fica vinculado aos representados por não ser uma relação contratual. É *geral* pois o representante representa a todos e não apenas uma circunscrição, é *livre* pois ao contrário do mandato imperativo o representante não se vincula às instruções do eleitorado, e é irrevogável pois o direito brasileiro não admite a figura do recall.¹¹³

Mezzaroba afirma que o mandato político admite ao menos três modelos: i) *mandato imperativo* ou *representação delegada* – trata-se do mandato vinculado ao eleitor, todos os atos do representante se sujeitam a aprovação prévia do eleitor, é uma figura extremamente vinculada ao mandato de direito privado onde o

¹¹⁰ RIBEIRO, Favila. *op. cit.* p. 38/39.

¹¹¹ O ordenamento jurídico pátrio não concebe a idéia da revogação do mandato diretamente pelo povo, ainda que o representante tenha agido com desvio de finalidade. A competência para destituição é do Judiciário ou da Casa Legislativa. Não obstante a isso o direito estrangeiro concebe em alguns casos a hipótese de revogação diretamente pelo povo. É o caso do *recall* presente em alguns estados dos Estados Unidos da América que asseguram ao povo a possibilidade de destituir seus representantes através de votação. Podem investir e destituir, quando no Brasil apenas se permite a investidura. (PINTO, *op. cit.* p. 89.)

¹¹² DA SILVA, José Afonso. *op. cit.* p. 138/139.

¹¹³ DA SILVA, José Afonso. *Ibidem.* p. 139

mandatário apenas cumpre as determinações do outorgante, no caso o povo; ii) *mandato representativo* ou *representação virtual* – embora as determinações do eleitorado devam ser observadas não precisam ser cumpridas à risca, pressupõe que a soberania nacional desloca-se para o órgão representativo; e iii) *mandato partidário* – neste caso a imperatividade do mandato não decorreria das instruções do eleitorado mas sim do partido, da *fidelidade partidária*, os representantes deveriam obedecer a disciplina do partido sob pena de serem destituídos.¹¹⁴

BONAVIDES lembra a lição de SOBOLEWSKY¹¹⁵, para quem a representação seria um processo que se destina a acomodação entre as decisões políticas e opiniões. Este processo consistente na contínua ação da opinião de governantes e governados, faz das opiniões justificadas legítimas e necessárias. Ademais, a relação estabelecida entre governantes e governados, a representação, não consiste apenas nas relações diretas, mas englobaria também as relações entre os cidadãos e as distintas organizações intermediárias que servem de porta voz da opinião (meios de comunicação de massas, partidos políticos e grupos de interesse).

Nossa Constituição Federal prima pela liberdade do mandato, vedando-se, por consequência, o princípio do mandato imperativo. A idéia de representação pressupõe ao menos um grau mínimo de liberdade na atuação. A relação de representação perderia seu sentido acaso o representante fosse mero instrumento.

A utilização do mandatário como um instrumento aniquila a relação de representação, ao menos em seu sentido substancial. Ressalta Hanna Pitkin¹¹⁶ que a promoção do interesse do representado na atividade de representação pressupõe que esse seja capaz de ação e julgamento e que não se oponha ao que está sendo feito. O conteúdo da representação deve levar em conta os interesses do mandante, ainda que a atuação do representante eventualmente pareça contradizê-los. O representante deve ser responsivo e justificar sua atuação.

Esse dever de justificação, no entanto, como apontado anteriormente, não é um dever jurídico. A atuação do representante em sua atividade é apenas parcialmente regulada pelo Direito, sem que se atinja, no entanto, o seu conteúdo para além dos limites constitucionais. Por isso não pode haver no sistema brasileiro qualquer tipo de determinação sobre o conteúdo da relação de representação.

(...)

¹¹⁴ MEZZAROBÀ. *op. cit.* p. 71/78

¹¹⁵ SOBOLEWSKY, Marek. “**Politische Repraesentation im Modernem Staat der Buergerlichen Demokratie**”. *Zur Theorie und Geschichte der Repraesentativverfassung. Geschichte der Repraesentativverfassung. De Res Publica*, p. 422/430. *Apud.* BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. São Paulo. 2010. Malheiros Editora Ltda. p. 241/244.

¹¹⁶ PITKIN, Hanna Fenichel. **The concept of representation**. Bekeley. University of California Press. 1967. p. 155. *Apud.* SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. *op. cit.* p. 80.

O conceito de representação política e sua concepção do papel do deputado indicam a relação do representante como todo o povo. Sua legitimidade deriva da eleição, seus poderes decorrem da Constituição e não há nenhuma vinculação a instruções de seus eleitores.¹¹⁷

A “ausência de instrumento jurídico para o controle da relação de representação política e do mandato pelos representados revela uma noção jurídica de representação que se confunde com a autorização, dada pelo processo eleitoral”. Destarte faz-se necessária alguma forma de controle que não vá de encontro as normas Constitucionais, que não contrarie o princípio da liberdade do exercício do mandato. Daí decorre a necessidade da divulgação de informações acerca do mandatário, a fim de possibilitar ao eleitorado um nível de conhecimento necessário para que forme um juízo sobre a escolha de manter ou não o mandatário por um novo período. Tais dados que influenciarão o eleitorado provém da mídia e devem advir também de instituições públicas.¹¹⁸

Sendo os mandatos eletivos livres em decorrência de princípios constitucionais estruturantes, afirma ENEIDA DESIREE SALGADO¹¹⁹ que não há como se conceber a idéia do mandato partidário. Para a autora o sistema democrático brasileiro é uma democracia com partidos e não uma democracia de partidos. Daí não conceber a idéia de fidelidade partidária, nem da filiação partidária como condição de elegibilidade. Defender o mandato partidário é dar a fidelidade partidária um alcance maior do que o concebido pela Constituição brasileira, reduzir o representante a vontade do partido caracteriza um vínculo mandato imperativo partidário, retira o caráter deliberativo das casas parlamentares.¹²⁰

2.6 OS PARTIDOS POLÍTICOS

HANS KELSEN realizou enorme contribuição para evolução do sistema representativo, especialmente por ter dado posição de destaque ao partido político,

¹¹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. *Ibidem*. p.80/81

¹¹⁸ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. *Ibid*. p.84/85

¹¹⁹ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. *op cit*. p.93/95.

¹²⁰ O Tribunal Superior Eleitoral decidiu recentemente que o mandato seria do partido nos casos de eleições proporcionais, e não do candidato. Ao deliberar sobre a consulta nº 1.398-DF, elaborada pelo PFL (Partido da Frente Liberal), em votação em plenário realizada em 27/06/2007, o TSE entendeu por seis votos contra um que o partido tem direito a conservar o mandato caso o representante se desfiliasse para entrar em outra legenda. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em 20.09.2010.

incentivando o surgimento da denominada democracia de partidos. O partido político representa peça fundamental na democracia para Kelsen, desde que este seja depurado de qualquer vício, estruturado internamente de forma democrática, com financiamentos transparentes e públicos.¹²¹

Diferentemente dos demais conceitos, como democracia, república, mandato, entre outros, que embora possam ter sua concepção alterada ao longo da história remontam, ao menos teoricamente, da antiguidade, o partido político é uma criação recente. Daí a afirmativa de BONAVIDES, para quem:

(...) o regime partidário é a mais formosa criação política do nosso tempo, a única talvez original na ciência política desde Aristóteles.

Sem o partido político, nem as ditaduras nem os poderes democráticos de sociedade alguma do nosso tempo lograriam subsistir, a não ser transitoriamente.

A importância capital da organização partidária faz com que tanto as ditaduras como as democracias cuidem de institucionalizar o partido político, por instrumento mesmo ou pressuposto da realização dos fins que o Estado contemporâneo se investe.

Determinou essa ascensão do elemento partidário na vida das instituições mudanças substanciais de atitude e procedimento das forças políticas, que tem no partido o caminho natural para galgar e conservar o poder. De semelhante ascensão resultaram, igualmente, variações consideráveis, tanto no caráter como na forma das instituições mediante as quais a ditadura ou o regime democrático se traduzem.¹²²

O art. 17, caput, da Constituição Federal¹²³ assegura a livre criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, resguardada a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais.

¹²¹ Kelsen, Hans. *Esencia y Valor de La Democracia*. Trad. Rafael Luengo Tapia et al. Barcelona. Editorial Labor. 1934. P.37. Kelsen, Hans. *A Democracia*. Trad. Ivone Castilho Beneditti *et al.* São Paulo. Martins Fontes, 1993. PP. 40-41. *Apud* MEZZAROBÀ. op. cit. p. 77/78.

¹²² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo. 2010. Malheiros Editora Ltda. p. 417-418

¹²³ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. § 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Todavia, a liberdade partidária não é absoluta. Condiciona-se aos princípios que confluem com o regime democrático, condiciona-se ainda à abrangência nacional e a vedação do caráter paramilitar.¹²⁴

Os partidos políticos são essenciais para o funcionamento do complexo regime democrático. Surgiram primeiramente na Inglaterra recebendo grande impulso dos movimentos socialistas contemporâneos a revolução industrial. Partido político pode ser definido como sendo a “entidade formada pela livre associação de pessoas cujas finalidades são assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo, e defender os direitos humanos fundamentais.”¹²⁵

O partido político também encontra definição no magistério de Fávila Ribeiro¹²⁶, que o define como “um grupo social de relevante amplitude destinado a arregimentação coletiva, em torno de idéias e de interesses, para levar seus membros a compartilharem do poder decisório nas instâncias governativas”.

Para BOBBIO¹²⁷, baseando-se nos ensinamentos de WEBBER, o termo Partido Político compreende formações sociais diversas que tem em comum o seu envolvimento na esfera do poder público. Para o referido autor, os partidos surgem no momento que o sistema político alcança autonomia estrutural e complexidade interna, bem como divisão de trabalho, que permitam um processo de tomada de decisões políticas com participação de diversas partes do sistema e que nesta parte se incluam os representantes daqueles a quem as decisões se refiram.

BONAVIDES afirma que o partido político seria uma “organização de pessoas que inspiradas por idéias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente por meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados”¹²⁸.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. *op.cit.* p. 405

¹²⁵ GOMES, José Jairo. *op. cit.* p. 72.

¹²⁶ RIBERIO, Favila. *op. cit.* p. 211

¹²⁷ WEBBER, Max. **Enonomia e societá**. Milão. Editora Comunitá. 1961. p. 242-42, 718-20, II volume. *Apud* BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Nicola Matteuci, Nicola Pestanci e Gianfranco Pasquino. Trad. Carmem C. Variale. Brasília. DF. 1995. Ed. UNB. P. 899

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. *op. cit.* p. 372

Ao tratar das organizações partidárias DJALMA PINTO elabora um conceito que se coaduna com a definição realizada pela dogmática, mais especificamente a do art. 1º da Lei 9.096/95 ¹²⁹:

Os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito privado, são associações de pessoas unidas por ideais comuns, que buscam atingir o poder para conduzir os interesses da sociedade de acordo com certos princípios ou gerenciar o Estado segundo prioridades que julgam adequadas para determinado momento. “Partido”, conforme os estudiosos, vem do verbo *partir*, que, em francês antigo, designava “dividir, fazer parte”. Já significou facção, bando, grupo de luta, porém, hoje, é expressão consagrada no mundo para designar a aglutinação de pessoas unidas por uma visão comum de poder.¹³⁰

A personalidade jurídica que se atribuí aos partidos políticos já foi reconhecida em diplomas anteriores¹³¹ à Constituição Federal de 1988. Não obstante a isto, a Carta Magna deixou clara a aceção de que os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil¹³², sendo necessário, após a aquisição da personalidade, o registro de seu estatuto junto ao TSE (CF, art. 17, §2 e Lei 9.096/95, art. 7º ¹³³).

Cumpram ao partido político a função de ligação entre o governo e a sociedade. Os partidos têm de manter constante vigilância sobre seus membros para que cumpram as diretrizes partidárias lançadas na captação de votos. Necessitam, desta forma, constantemente reciclar e qualificar seus integrantes. Precisam as agremiações incentivar os debates nos bairros, escolas, universidades, acerca do papel do executivo, legislativo e judiciário, pois o Estado é o Gestor da sociedade. O governo é exercido por alguém legitimado pela eleição e ninguém pode disputá-la senão através do vínculo com uma instituição de natureza partidária.¹³⁴

¹²⁹ Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. “**Art. 1º** O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.”

¹³⁰ PINTO. *op. cit.* p. 93

¹³¹ Á título exemplificativo cita-se o art. 2º. da Lei 5.862/71, Lei orgânica dos partidos políticos revogada pela Lei 9.096/95, bem como o arts. 149, II da CF/67 que também atribui aos partidos a personalidade jurídica.

¹³² Assim dispõe o art. 44 do Código Civil de 2002: Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações; IV - as organizações religiosas; v – os partidos políticos. (...)§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

¹³³ Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

¹³⁴ PINTO. *op. cit.* p. 97/99.

2.7 A SOBERANIA POPULAR

O fundamento da legitimidade do exercício do poder em uma democracia é a soberania popular. O Estado é instituído pela vontade popular através do Poder Constituinte. Todavia a soberania não se esgota no momento da criação do Estado, continua legitimando o Estado e validando às regras jurídicas posteriores à Constituição. Trata-se de uma questão de autodeterminação.¹³⁵

O real titular do poder político, da soberania e do Poder Constituinte é o povo:

Apenas o povo, portanto, pode validamente concretizar o ideal democrático em um projeto. O exercício do poder, no entanto, dá-se, em grande parte, indiretamente, por meio da representação política. (...) O princípio da soberania popular combinado com a representação política faz surgir uma relação entre aquele que titulariza o poder mas não o exerce (povo) e aquele que exerce mas não o titulariza.¹³⁶

O povo, segundo PAULO BONAVIDES, com base na lição de Cicero, pode ter seu conceito estabelecido do ponto de vista jurídico e sociológico. Para os romanos, na antiguidade, povo era a “reunião da multidão associada pelo consenso do direito e pela comunhão da utilidade”¹³⁷. Nos Estados liberal, constitucional e representativo a própria idéia de Estado parte do conceito de povo. Através do sufrágio os governados passam a participar do poder oficialmente, mediante o sistema representativo:

Povo é então o quadro humano sufragante, que se politizou (quer dizer, que assumiu capacidade decisória), ou seja, o corpo eleitoral. O conceito de povo traduz por conseguinte uma formação histórica recente, sendo estranho ao direito público das realezas absolutas que conheciam súditos e dinastias, mas não povos e nações. Esse conceito político de povo prende-se, evidentemente a uma concepção ideológica: a das burguesias ocidentais que implantaram o sistema representativo e impuseram a participação dos governados, desencadeando o processo que converteria estes de objeto em sujeito da ordem política.¹³⁸

¹³⁵ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia. Tijolo por tijolo em um desdenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte. 2007. Editora Fórum. p. 41-43

¹³⁶ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia(...)**. *op. cit.* p. 61

¹³⁷ CICERO, M. Tullius. **De Res Publica**, livro I, 25, p. 31. *Apud.* BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. São Paulo. 2010. Malheiros Editora Ltda. p. 79

¹³⁸ BONAVIDES. Paulo. *op. cit.* p. 79-80

A soberania popular, destarte, teve indubitável influência no desenvolvimento das idéias democráticas, especialmente com a consagração do sufrágio universal que foi objeto de inúmeras lutas constitucionais encampadas por reformadores e progressistas no século passado, caracterizando-se este como verdadeira “espinha dorsal do sistema democrático”.¹³⁹

A Constituição Federal adota o princípio da liberdade para o exercício do mandato e o faz por implicação direta da adoção do sistema democrático deliberativo republicano. Assume a Constituição a idéia de que o representante popular representa a coletividade como um todo e não apenas os eleitores que o escolheram. O povo é representado e não o cidadão individual, assim, o debate a ser produzido pelo legislativo para ter sentido deve possibilitar que os participantes alterem suas concepções iniciais.¹⁴⁰

2.8 A OPINIÃO PÚBLICA

Não obstante não terem os mandatários que seguir estritamente as instruções do eleitorado, isto não quer dizer que os mesmos não devam atender à opinião pública, que possam agir irresponsavelmente. A fiscalização dos representantes pelo eleitorado se faz eminentemente através da imprensa, da liberdade dos meios de comunicação. Neste sentido:

É evidente que tais instituições políticas só podem produzir seus benéficos efeitos num clima de irrestrita liberdade de imprensa, amplo debate e livre circulação de informações, onde os negócios públicos e o modo de curar a coisa pública sejam abertos, franqueados à análise, curiosidade, investigação e observação de todos, sem restrições. Principalmente onde a consciência cidadã da titularidade da *res pública* seja acompanhada do sentido de responsabilidade que o mandato encerra. (...)

É pela livre circulação de notícias, pelo acesso às fontes, pela publicidade irrestrita dos atos de governo, pela liberdade de imprensa, pela liberdade de discussão, reunião e associação que se assegura a fiscalização sobre os governantes, e, conseqüentemente, viabiliza-se sua responsabilização. (...)

Parece efetivamente inútil pensar-se em república representativa onde o povo não tenha possibilidade de saber das coisas de governo. E a imprensa é o instrumento de tal conhecimento. Por isso, a liberdade de imprensa é pedra angular do regime.¹⁴¹

¹³⁹ BONAVIDES. Paulo. *op. cit.* p. 140

¹⁴⁰ SALGADO. **Princípios constitucionais eleitorais.** *op. cit.* p. 69/71

¹⁴¹ ATALIBA, Geraldo. *op. cit.* p.68/69

Ao tratar da opinião pública BOBBIO diz que o conceito é próprio da época moderna, tendo como pressuposto uma sociedade civil que se distinga do Estado. Pressupõe uma sociedade dotada de liberdade e articulada, necessitando de centros de formação de opiniões não individuais, tal como jornais, revistas, clubes, salões, partidos e associações. Com o advento do estado moderno, com a ascensão da burguesia, formou-se um público que de alguma forma controla os interesses públicos que estão nas mãos dos políticos.¹⁴²

Afirma-se que a formação da vontade política no corpo eleitoral decorre da livre formação da opinião pública. Embasado no princípio da igualdade, o debate público de idéias necessita da possibilidade de participação constante e revestida de igualdade jurídica para todos. Desta forma, qualquer propaganda eleitoral deve promover a igualdade entre os candidatos, isto a legitima. Eventual censura não se coaduna com os princípios democráticos.¹⁴³

2.9 SOBERANIA POPULAR E O PAPEL DA IMPRENSA COMO FORMADORA DE OPINIÃO;

Para que a opinião pública possa cumprir sua função faz-se imprescindível a liberdade de imprensa e, acima de tudo, a liberdade de expressão.

É preciso obrigar as organizações que controlam os meios de comunicação de massa a desenvolver sua função no sentido da criação do diálogo, assente num processo de pública comunicação e não no da manipulação de um público atomizado que tem na “publicidade” não um instrumento de liberdade racional, mas de sujeição ao sistema produtivo. (...) A experiência dos regimes totalitários, onde a “publicidade” kantiana se converteu em propaganda, e a existência das novas tecnologias dos meios de comunicação de massa, que fazem perder o hábito da crítica, ofuscaram certamente a imagem da Opinião pública. Contudo o mito das massas, totalmente passivas e dóceis à publicidade, tem sido desencantado e, por conseguinte, a Opinião pública se pode afirmar onde quer que exista liberdade de pensamento e de expressão, pluralidade e pluralismo de órgãos de informações autônomos ou não controlados por políticos (...).¹⁴⁴

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Trad. João Ferreira, Carmem C. Variale. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 2ª. ed. 1986. p.842.

¹⁴³ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. *op. cit.* p. 192-194

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *op. cit.* p. 845.

A importância decorrente da opinião pública não é recente. Vale lembrar o adágio que ganhou grande força no liberalismo: *vox populi vox dei*. Todavia, o sentido atribuído ao adágio pela burguesia tinha um ranço extremamente classista, vale dizer, a opinião pública servia para limitar o Estado, mas teria sua idoneidade fundada na origem ilustre e seleta. Para a burguesia a opinião pública seria um juízo de qualidade e não de quantidade, seria aquela decorrente da elite.¹⁴⁵

No século XIX BLUNTSCHLI afirmou que apenas em povos livres a opinião pública poderia se desenvolver. Foi o primeiro publicista a identificar a opinião pública com a classe média.¹⁴⁶

O anarquista BAKUNIN, por sua vez, reconheceu na opinião pública o único poder que poderia ser respeitado, superior inclusive ao Estado e à igreja.¹⁴⁷

Percebendo o grande poder político que pode decorrer da opinião pública, Napoleão Bonaparte afirmou que seria a opinião pública “um poder que cria ou mata soberanos”, tendo o mesmo instituído censura à imprensa.¹⁴⁸

Percebe-se, portanto, que a opinião pública há algum tempo já demonstrara seu poder, causando preocupação de teóricos e governantes.

Sobre a opinião pública nos dias atuais e seu modo de criação BONAVIDES lança a seguinte crítica:

Na sociedade liberal e individualista, a opinião pública se gerava com relativa espontaneidade, havendo forte crença no seu conteúdo de racionalidade.

Na sociedade de massas, de índole coletivista, a opinião aparece “racionalizada” em suas fontes formadoras, mediante o emprego da técnica, com todos os recursos científicos de comunicação de massas – a imprensa, o rádio e a televisão – deliberadamente conjugados, a compor um extenso laboratório de “criação” da opinião, para atender a interesses maciços de grupos ou poderes governantes, acreditando-se, no entanto cada vez menos no teor racional dessa opinião, que todos reconhecem ou proclamam uma força feita irretorquivelmente de sentimentos e emoções.(...)

Os jornais, as estações de rádio e televisão, a Internet, seus redatores, seus colaboradores, seus comentaristas, escrevendo as colunas políticas e sociais, programando os noticiários, preparando as emissões radiofônicas, fazendo os grandes êxitos da televisão, constituem os veículos que conduzem a opinião e a elaboram (quando não a recebem já elaborada,

¹⁴⁵ BONAVIDES. Paulo. op. cit. p. 488-489

¹⁴⁶ BLUNTSCHLI, J. C. **Deutsches Staats-Woerterbuch**. Stuttgart/Leipzig, 1862. v. 7. p. 342. *Apud*. BONAVIDES. Paulo. op. cit. p. 489

¹⁴⁷ HELLER, Hermann. **Die Gleichheit in der Verhaeltniswahl**. 1919. p. 177. *In* BONAVIDES. Paulo. op. cit. p. 486.

¹⁴⁸ BAUER, Wilhelm. **Die oeffentliche Meinung und ihre geschichtlichen Grundlagen**. Tübingen, 1914. p. 128. *In* BONAVIDES. Paulo. op. cit. p. 486

com a palavra de ordem, que “vem lá de cima”), pois as massas, salvo parcelas humanas sociologicamente irrelevantes, se cingem simplesmente a recebê-la e adotá-la de maneira passiva, dando-lhe chancela de “pública”. Essa opinião, filha da propaganda, caracteriza o século, sob o império das massas. Ela se institucionaliza nos partidos, nos sindicatos, nos grupos de pressão. Faz-se não raro estável e permanente. Sendo no fundo opinião “imposta” e “irracional”...¹⁴⁹

Sem adentrar-se no mérito da autenticidade e da legitimidade da produção e da condução da informação pelos meios de comunicação que, conforme a visão supra colacionada, podem ser objeto de manipulação – por não ser este o objeto do presente estudo -, é fato, todavia, ser incontestável a importância da imprensa na formação da opinião pública.

A liberdade de imprensa progride ou regride na mesma medida em que há progressão da liberdade de manifestação de pensamento, decorre daí que “somente as sociedades democráticas conhecem em toda a sua plenitude a liberdade de imprensa”. Com o restabelecimento da democracia após a ditadura militar, a liberdade de imprensa foi plenamente restaurada. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 220, caput, veda qualquer restrição à liberdade de manifestação do pensamento, da expressão e da informação, sob qualquer forma processo ou veículo, não sendo possível a nenhum dispositivo de lei restringir a plena liberdade de informação jornalística, só admitindo a essa liberdade as restrições dispostas na própria Carta Constitucional.¹⁵⁰

Conforme Lembra PEREIRA, o art. 221¹⁵¹ da Carta Magna “estabelece um conjunto de orientações vinculantes” direcionado ao conteúdo da programação das empresas radiofônicas e televisivas, limitação que não é aplicada à imprensa escrita, “dada a concepção prevalente quanto a natureza desta”¹⁵².

¹⁴⁹ BONAVIDES. Paulo. *op. cit.* p. 499/501

¹⁵⁰ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo. Saraiva. 1997. p.65.

¹⁵¹ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

¹⁵² PEREIRA. Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 49.

O significado que a constituição atribuiu à liberdade dos meios de comunicação em geral (...) [quer] como instrumento de garantia democrática, ajudando à formação de uma opinião pública consciente e fiscalizando o exercício do poder público, quer como fornecedora daquele volume de informações, indispensável ao regular funcionamento da sociedade.¹⁵³

Dada a importância dos meios de comunicação social, afirma o art. 223 da Constituição Federal que somente o executivo poderá outorgar ou renovar sua concessão, permissão e autorização, sendo que tal ato será apreciado pelo congresso nacional.

Ademais, dado o notório interesse público que envolve a questão da propriedade de empresas jornalísticas e de rádio-fusão sonora e de sons e imagens, a Carta Magna, em seu art. 222 caput, assegura que somente poderão ser proprietários dos referidos meios de comunicação, privativamente, os brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou ainda as pessoas jurídicas constituídas conforme leis brasileiras e com sede no país. Ainda com relação às pessoas jurídicas, conforme §1 do referido artigo, estas deverão ter pelo menos 75% do capital¹⁵⁴ pertencente aos brasileiros natos ou naturalizados que se adequarem no critério mencionado, e, além disso, somente eles é que poderão ser os gestores e estabelecer o conteúdo da programação.

Indo além da propriedade, o texto constitucional ainda assegura que, em qualquer meio de comunicação, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, nos termos do Art. 222, §2º.

O tema da opinião pública foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que visara afastar a eficácia da Lei de Imprensa. Isto por ser a imprensa dos dias atuais a notória formadora da opinião pública.

Ao proferir seu voto, o relator da ADPF 130, Ministro Carlos Ayres Britto, reconheceu a importância da imprensa como formadora da opinião pública, sendo a imprensa vista pela coletividade como verdadeira ferramenta institucional responsável pela veiculação da informação, possibilitando a revelação e o controle

¹⁵³ PEREIRA. Guilherme Döring Cunha. *op. cit.* p. 137

¹⁵⁴ Ainda no que se refere ao controle societário destas empresas, qualquer alteração deve ser comunicada ao Congresso Nacional (art. 222, §5, CF).

de quase todas as coisas referentes à vida do Estado e da sociedade. Tamanha importância da mídia, na modalidade radiofusa e televisiva a mesma é constitucionalmente considerada serviço público titularizado pela União, de sorte a ser prestado pela iniciativa privada por concessão ou permissão.¹⁵⁵

a imprensa livre contribui para a concretização dos mais excelsos princípios constitucionais. A começar pelos mencionados princípios da “soberania” (inciso I do art. 1º) e da “cidadania” (inciso II do mesmo art. 1º), entendida a soberania como exclusiva qualidade do eleitor soberano, e a cidadania como apanágio do cidadão, claro, mas do cidadão no velho e sempre atual sentido grego: **aquele habitante da cidade que se interessa por tudo que é de todos; isto é, cidadania como o direito de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, os assuntos da pólis. Organicamente. Militantemente. Saltando aos olhos que tais direitos serão melhor exercidos quanto mais denso e atualizado for o acervo de informações que se possa obter por conduto da imprensa.** (contribuição que a INTERNET em muito robustece, faça-se o registro).

34. Esse direito que é próprio da cidadania – o de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, e que a imprensa livre tanto favorece – nós mesmos do Supremo Tribunal Federal temos todas as condições para dizer da sua magnitude e imprescindibilidade. É que a própria história deste nosso tribunal já se pode contar em dois períodos: antes e depois da “TV Justiça”... O que tem possibilitado à população inteira, e não somente aos operadores do direito, exercer sobre todos nós **um heterodoxo e eficaz controle externo**, pois não se pode privar o público em geral, e os lidadores jurídicos em particular, da possibilidade de saber quando trabalham, quanto trabalham e como trabalham os membros do poder judiciário. Afinal, todo servidor público é um servidor **do** público, e os ministros do Supremo Tribunal Federal não fogem a essa configuração republicana verdadeiramente primaz.¹⁵⁶

Afirma PEREIRA que a informação é uma das coisas de que o homem tem maior necessidade, pois a informação na realidade consubstancia o poder. É a posse da informação que confere a autoridade, destaca o melhor profissional no âmbito privado e, no âmbito público, são as informações que instruem as decisões eficazes a ser tomadas pelo administrador. Da mesma forma é através da informação que o político forja seu prestígio sobre o eleitorado.¹⁵⁷

A informação sempre foi fundamental, ao ponto da venda de informação ser encontrada nos tempos mais longínquos de nossa história (escolas, universidades, informantes de guerra, por exemplo). Com o advento da televisão e do rádio e posteriormente da informática associada às telecomunicações, consolida-se a

¹⁵⁵ ADPF 130. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 30/04/2009. Publicado no DJ-e 208 de 06/11/2009. p. 23 a 28

¹⁵⁶ ADPF 130. p. 37-39

¹⁵⁷ PEREIRA. Guilherme Döring Cunha. *op. cit.* p. 25/26

comunicação em massa, solidifica-se, outrossim, a informação como mercadoria de elevado valor. Valor que não se exprime unicamente pelo seu viés econômico – tal como as notícias jornalísticas que provocam impactos de diferente quantificação na sociedade e costumam ser disponibilizadas gratuitamente na internet-.¹⁵⁸

¹⁵⁸ PEREIRA. *Ibidem*. p. 26/28

CAPÍTULO III

LIMITAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DE PESSOAS PÚBLICAS E PARTIDOS POLÍTICOS

3.1 POSSIBILIDADES DE LIMITAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM

O bem imagem é objeto autônomo da tutela jurídica, que faculta exclusivamente ao agente a possibilidade de permitir ou proibir a reprodução de sua imagem. Tal direito é oponível *erga omnes*, é um direito absoluto, implicando um dever de abstenção pela coletividade, um dever de não violação e preservação correspondente ao direito absoluto.¹⁵⁹

Certo é que o direito à imagem é direito de personalidade e como tal tem como característica ser absoluto, todavia, “assim como a propriedade sofre restrições no direito de vizinhança, assim também o direito à própria imagem há que sofrer limitações ditadas pelo bem comum, análogas àquelas contidas nas regras de vizinhança”.¹⁶⁰

Como visto, o direito à imagem foi amplamente assegurado na Constituição Federal, protegido nas suas duas vertentes, ‘imagem-atributo’ e ‘imagem-retrato’. Não obstante tal tutela constitucional, tal direito não tem seu exercício de forma absoluta. Quando confrontado ao interesse coletivo este terá primazia.¹⁶¹

Em casos de danos à imagem que tenham ocorrido em decorrência de interesse público motivado pela segurança nacional e saúde pública o titular não pode opor-se. O mesmo ocorre com o criminoso que tem sua imagem divulgada – com relação ao suspeito que tem sua imagem divulgada a questão gera mais polêmica –e com pessoas públicas (artistas, políticos, desportistas e destaques no cenário científico).¹⁶²

WALTER DE MORAIS afirma que as causas da limitação do direito à imagem reduzem-se a quatro: “1) notoriedade do sujeito retratado – justifica-se a divulgação pela notoriedade, limitando-se o interesse privado em prol do interesse público; 2)

¹⁵⁹ MORAES, Walter. Direito a Própria imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. (443) set/72. p.78/81

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ DONNINI, op. cit. p. 90

¹⁶² *Ibidem*. p. 91

interesse de ordem pública – cita o autor as leis suíça, austríaca, lívia, italiana, egípcia, alemã e finlandesa que se referem a interesses da administração da justiça e da segurança pública; 3) interesse cultural – divulgação com fins científicos, didáticos, educativos e artísticos; 4) presença do sujeito em cenário público – se refere a fatos ocorridos em locais públicos, tal como cerimônias, reuniões, casamentos, acontecimentos em geral de que o sujeito participe e cuja presença do indivíduo não deve impedir a divulgação da imagem, sendo o sujeito elemento secundário.¹⁶³

3.2 INTERESSE PÚBLICO MOTIVADO PELA SEGURANÇA NACIONAL

DAVID ARAUJO¹⁶⁴ afirma que “a publicação de imagem de determinado indivíduo que afeta a segurança nacional, ou mesmo a manipulação de arquivos fotográficos, desde que relacionados logicamente com o bem protegido, não poderá ser objeto de oposição do indivíduo”. Seguindo tal entendimento, afirma o autor que o interesse individual não pode prevalecer sobre o social, de modo que a fotografia tirada pelos departamentos policiais para identificação do indivíduo¹⁶⁵ não viola o direito à imagem. Também não atenta contra o direito à imagem a divulgação do retrato do indivíduo que é procurado pela Polícia.

Ao relacionar o tema da segurança com o direito à imagem, Siqueira de Lima ressalta o comum uso das câmeras de segurança instaladas com intuito de inibir e identificar criminosos. Para o autor, não há nenhuma proibição no uso de câmeras em propriedades particulares e logradouros públicos, mas o retrato captado não pode ser divulgado. Somente quando se configurar o interesse público que justificasse o desvio da finalidade na remessa da imagem para emissora de televisão.¹⁶⁶

¹⁶³ MORAES, Walter. Direito a Própria imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. (444) out/72. p.23/24.

¹⁶⁴ ARAUJO. *op. cit.* p. 95/96

¹⁶⁵ Não violará direitos desde que a captação da imagem para fins de identificação criminal respeite ao contido no texto constitucional, em especial no Art. 5º, LVIII, *in verbis*: “O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.”

¹⁶⁶ SIQUEIRA DE LIMA, Arnaldo. *op. cit.* p.58

3.3 INTERESSE PÚBLICO MOTIVADO PELA SAÚDE PÚBLICA

No que concerne à saúde pública também não há dúvidas de que o interesse geral deve sobrepor-se ao particular: “o indivíduo que sofre de doença gravíssima de fácil transmissão (...) pondo em risco toda a sociedade, não pode impedir ou pretender indenização por afixação, pelos órgãos de saúde pública, de cartazes noticiando tal fato”¹⁶⁷.

3.4 INTERESSE PÚBLICO MOTIVADO PELO INTERESSE HISTÓRICO

Da mesma forma, as pessoas cuja imagem esteja associada à fatos de importante interesse histórico terão limitadas seu direito à imagem, não podendo opor-se a sua divulgação caso esta restrinja-se representação de fatos históricos.

Certas personagens, mesmo vivas, não podem se opor à publicação de suas imagens, se dentro de um contexto de narrativa histórica tiverem papel de importância. (...) No entanto, o texto há de se restringir à matéria em foco, não podendo a pretexto da situação excepcional da proteção, divulgar a imagem sem a correta informação histórica.¹⁶⁸

3.5 INTERESSE PÚBLICO: PESSOAS PÚBLICAS

Embora as pessoas públicas estejam mais expostas, não sendo, portanto, via de regra, necessário o seu consentimento para captação e divulgação de sua imagem, elas tem o direito de resguardar suas imagens quando em sua privacidade, em sua intimidade.¹⁶⁹

As pessoas públicas e notórias da sociedade podem ter suas imagens captadas e divulgadas nos limites de sua publicidade e notoriedade. Como mencionado, o consentimento do titular pode ser tácito. Se o mesmo comparece voluntariamente em local público presume-se a outorga do consentimento. Situação semelhante ocorre com pessoas sem notoriedade pública que tiverem sua imagem

¹⁶⁷ ARAUJO. *op cit.* p. 96

¹⁶⁸ *Ibidem* p. 97

¹⁶⁹ SIQUEIRA DE LIMA, Arnaldo. *op. cit.* p. 48/49

captada em local público para reportagem jornalística. Não sendo elas o foco principal da notícia ou do retrato não há que se falar em lesão.¹⁷⁰

O artista, o desportista, e o político “projetam a sua personalidade para além das barreiras individuais” transformando-se em objeto de interesse público, justificando-se o “interesse do noticiário por determinadas figuras públicas”. Justifica-se a divulgação da imagem que tenha uma estreita relação com a notícia, não podendo, “o jornal servir-se dela para veicular matéria publicitária, por exemplo.”¹⁷¹

3.6 IMPRENSA COMO LIMITE À IMAGEM

É notório que direito da pessoa sobre a sua imagem sofre restrições devido a necessidade de informação do público, notoriedade da pessoa, presença das pessoas em cenário público, motivo de interesse cultural, de ordem pública e científico. Há, todavia, grande polémica sobre o que é ou não informação e de como a notícia deve ser explorada pela mídia: uma colisão que ocorre entre dois direitos legítimos: liberdade de imprensa e direitos de personalidade, especialmente imagem e honra.¹⁷²

A luz para resolução desta discussão pode ser encontrada na jurisprudência, especialmente a partir a análise de acórdão do Supremo Tribunal Federal de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto.

Ao Julgar a APPF 130, a Corte Suprema entendeu por maioria que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Ressaltando, ademais, que o a liberdade de imprensa seria imprescindível para realização da dignidade da pessoa humana, classificando-a como *sobredireito*. Neste sentido colaciona-se trecho do voto do eminente relator:

(...) assim visualizada com verdadeira *irmã siamesa* da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. (...) Não há como garantir a livre manifestação do

¹⁷⁰ VENDRUSCOLO. *op. cit.* p. 129/131.

¹⁷¹ ARAUJO. *op cit.* p. 97/98

¹⁷² DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro e MATHIAS, Maria Ligia Coelho. **Aspectos da Responsabilidade Civil sob a perspectiva do direito à imagem.** In. **Responsabilidade Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana.** Orgs. NERY, Rosa Maria de Andrade e DONNINI, Rogério. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 376.

pensamento, tanto como o direito de expressão lato sensu (abrangendo então por efeito do caput do art. 220 da CF, a criação de informação), senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens da personalidade (o entretanto é ente direitos de personalidade), não pode significar mais do que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parelha de *sobredireitos* fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral.¹⁷³

O mesmo pode se inferir de trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia:

Primeiro, é que me parece que o que foi posto brilhantemente pelo Ministro Menezes Direito, é que a liberdade de imprensa – como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes.

O segundo dado que eu gostaria de enfatizar é que o fundamento da constituição é exatamente o da democracia, que não se compadece absolutamente com qualquer tipo de restrição – e, agora, o ministro Menezes direito chamou atenção para até o aspecto punitivo de restrições que eventualmente adviessem na legislação infraconstitucional – e, portanto, é exatamente o que se tem nessa lei, que não poderia mesmo ser recepcionada.¹⁷⁴

Destarte, entendeu a Corte Constitucional que embora sejam os direitos de personalidade representados pela cláusula da dignidade da pessoa humana, pilar fundamental da República Federativa do Brasil, o sistema democrático necessita da liberdade de imprensa, podendo esta, em algumas situações, limitar o direito à imagem. Sendo reconhecido ao titular que sofrer lesão a sua imagem o direito de resposta, de auferir indenização por danos à imagem e à honra e até a tutela por meio de ação penal privada.

É oportuna a afirmação de ROTHENBURG, para quem embora a Constituição brasileira mencione “a indenização pelo dano material ou moral decorrente” da violação do direito à imagem (art. 5º.X), sendo portanto uma consequência da lesão de modo que a indenização ocorreria em momento posterior à lesão e, ainda,

¹⁷³ ADPF 130 p. 40/47

¹⁷⁴ ADPF 130 p. 97/98

embora a Carta Magna afirme em seu art. 220, caput, “que os meios de comunicação social ‘não sofrerão qualquer restrição’ (...) ‘que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística’ (art. 220, §1º.) sendo ‘vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §2)”, a mesma Constituição assegura nos mesmos dispositivos que a imagem da pessoa é inviolável e que a liberdade de comunicação deve se ater ao disposto no texto Constitucional, “especialmente o direito à imagem, entre outros (art. 220, §1)”. Desta forma, um dado que seja obtido indevidamente pode até ser “impedido de circular” caso fique demonstrado que comprometerá a imagem de alguém e que a medida excepcional é o modo mais adequado para tutelar o direito à imagem. Para ilustrar uma situação na qual pode ocorrer a medida excepcional com o impedimento da circulação do meio de comunicação o autor cita o exemplo de uma bibliografia não autorizada com a divulgação da correspondência de alguém.¹⁷⁵

Um conteúdo mínimo e radical do direito à imagem é irrenunciável: ainda que alguém concorde em participar de um programa de televisão que o filme durante todo o tempo, poderá, por exemplo, determinar que não sejam filmadas ou exibidas cenas em que esteja passando mal. Há um “direito de arrependimento em certa medida, que socorre o direito à imagem, ainda que engaje a responsabilidade do titular por eventuais prejuízos que o exercício de seu direito à imagem provoque.”¹⁷⁶

Vale dizer: “a liberdade de comunicação social não trata de liberdade irresponsável, visto que, enfatize-se, a comunicação social não sofrerá qualquer limitação, exceto, naturalmente, aquelas previstas na própria constituição e dentro de uma razoabilidade”.¹⁷⁷

3.7 LIBERDADE DE CRÔNICA E LIBERDADE DE CRÍTICA

No que concerne a liberdade de comunicação PEREIRA adota uma classificação em ordem crescente de abstração, dividindo-a em a) liberdade de crônica, que seria a liberdade de narração dos fatos; e b) liberdade de opinião. Esta

¹⁷⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito à imagem**. Revista Jurídica Consulex. Brasília. Ano XIII, nº. 295. 30 de abril de 2009. p.29.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 29.

¹⁷⁷ LENZA, Pedro. **“Reality Show” e a proteção constitucional do direito à imagem**. Revista Jurídica Consulex. Brasília. Ano XIII, nº. 295. 30 de abril de 2009. p.31.

por sua vez seria subdividida em: b1) liberdade de crítica, consubstanciando-se na “liberdade de manifestar opinião acerca de fatos, pessoas e instituições, etc.”; e b2) liberdade de expressão de idéias, consistida na “liberdade de manifestar convicções mais gerais, doutrinas, concepções, teses, etc.”. Afirma o autor que crítica e crônica são contíguas, por ser evidente que “a própria escolha das notícias e a forma como se vai apresentá-las implica avaliação. Por isso mesmo, parte da doutrina italiana inclui, na própria noção de crônica, certa avaliação crítica.” Sendo corriqueiro, outrossim, que um texto que apresente crítica se assente em fatos concretos, que caso sejam falsos devem ser tratados como calúnia ou difamação.¹⁷⁸

O principal intento de tal classificação é, a partir da análise no caso concreto, possibilitar a visualização de certos aspectos da liberdade de comunicação. Assim, afirma o autor, a liberdade de crônica “implica a viabilidade de uma exigência judicial de sua veracidade¹⁷⁹”, o que não se verifica no caso da liberdade de crítica¹⁸⁰: é comumente admitido que as expressões verdadeiramente artísticas tenham valor especialmente “transcendente para a humanidade”, pelo que “tende-se a admitir maior tolerância com relação aos ataques que uma obra de arte possa dirigir contra bens, quer personalíssimos quer de interesse geral, o que não significa generalizada licença para qualquer abuso”.¹⁸¹

Para PEREIRA, “no que à crítica diz respeito, os requisitos de uma publicação legítima são: presença de interesse social e razoabilidade da forma”. No que à crônica concerne, impõe-se ainda a presença do elemento veracidade. Neste sentido afirma-se que um jornal que assume uma acusação a dando por verdadeira deve estar apto a provar a tese que adotou.¹⁸²

Caso o jornal noticie acusação ou suspeita de interesse público deverá tomar o cuidado de mencionar expressamente tratar-se de “acusação” ou “suspeita”. Da mesma forma, caso reproduza uma entrevista (com interesse público), responderá apenas se não tomar as ressalvas de afirmar que se trata de suspeita, de acusação ou de afirmação de terceiro.¹⁸³ Assim, se reproduzir o “discurso de um parlamentar

¹⁷⁸ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *op. cit.* p. 65/69.

¹⁷⁹ Tal veracidade, implícita ao conceito de crônica, será apurada de forma subjetiva, não havendo sentido exigi-la de forma objetiva. *Ibidem.* p. 99

¹⁸⁰ Não faz parte da tradição dos sistemas jurídicos requerer prova da veracidade das opiniões, mas apenas a prova da veracidade dos fatos. *Ibidem.* p. 146

¹⁸¹ *Ibidem.* p. 72/73.

¹⁸² *Ibidem.* p. 146, 185-187

¹⁸³ *Ibidem.* p. 174/183

proferido em sua Câmara e esse discurso contém palavras ásperas ou acusações graves, caluniosas ou difamantes contra terceiro” deve-se entender que o discurso reveste-se de interesse público e que a prova da verdade do alegado não incidirá sobre os fatos afirmados e sim “sobre se o parlamentar na realidade se expressou sobre aquele conteúdo e daquela forma” ¹⁸⁴.

Na crítica o que ocorre é uma contextualização das informações e uma valoração de dada realidade. “A crítica auxilia, sobretudo, na formação da opinião pública, e é vital enquanto expressão e elemento catalisador do debate público, indispensável à saúde de um debate que se queira democrático”. Tal como a crônica, a crítica também pode “ultrapassar os limites justos”, “embora não seja minimamente conveniente submeter à apreciação da veracidade ou falsidade de uma opinião crítica à análise do judiciário, não obstante ser evidente que uma opinião não pode agredir bens fundamentais.” ¹⁸⁵

É razoável entender que “na medida em que não ultrapassa o âmbito da crítica objetiva – isto é: enquanto a valoração e censura críticas se atêm exclusivamente às obras, realizações ou prestações em si, não se dirigindo diretamente a pessoa de seus autores ou criadores – aqueles juízos caem já fora da tipicidade de incriminações como difamação (injúria diríamos nós)” ¹⁸⁶. (...) No âmbito das atividades criativas humanas, no âmbito da política e dos temas de relevo social, a exceção a regra não é a crítica legítima, mas a crítica que se desvia e se corporifica em “injúria” (ou em vilipêndio). E estas são inconfundíveis. ¹⁸⁷

Todavia, vale a ressalva de que “onde a crítica há de ter latitude especialmente ampla é no campo da atuação das instâncias públicas” ¹⁸⁸.

(...) maior tolerância à crítica de natureza política torna-se ainda mais necessária em época de campanha eleitoral, não com o intuito de transformar o debate político num espaço de guerra sem lei, mas em razão de um fenômeno bem conhecido e que se pode designar de *dessensibilização da linguagem*. O calor da disputa eleva a gravidade das críticas recíprocas que se fazem os candidatos, o que não gera, em geral, nenhuma impressão mais forte nos eleitores. Há como que uma perda da força expressiva das palavras. E é razoável que se reconheça judicialmente esta realidade, não apenas a favor dos candidatos, mas igualmente de quaisquer cidadãos que se utilizem do seu direito de crítica. É problemático, no âmbito da crítica de cunho político, a questão do limite decorrente da distinção entre crítica à obra ou à conduta e crítica de desmerecimento de

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 146, 188

¹⁸⁵ *Ibidem*. p. 146, 236

¹⁸⁶ ANDRADE, Manoel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra. Editora Coimbra. 1996. p. 233. *Apud*. PEREIRA. p. 240

¹⁸⁷ PEREIRA. Guilherme Döring Cunha. *op. cit.* p. 240

¹⁸⁸ ANDRADE, Manoel da Costa. *Op. cit.* p. 244

toda a pessoa, isto porque é absolutamente legítimo fazer críticas sobre um espectro de atuação mais ampla de um homem público, incluindo sua vida passada (...) ¹⁸⁹

Também comporta diferenciação o tratamento quanto às informações veiculadas pelo rádio ou televisão e pelo jornal impresso: “A corte de justiça da Comunidade europeia vem entendendo que a transmissão de um sinal televisivo entra na categoria de *serviço*, ao passo que o jornal na de *mercadoria*”.¹⁹⁰ Todavia, tal diferenciação não reflete grandes efeitos nas considerações adotadas no presente estudo.

3.8 PERSONALIDADES POLÍTICAS

Para DURVAL as personalidades políticas ou insígnias terão sua imagem como sendo de livre reprodução pelo “interesse público do direito à informação”, lembra-nos o autor que os norte-americanos atribuem a esta categoria, composta por “soberanos estrangeiros, chefes de Estado, ministros, senadores, deputados, governadores, revolucionários, políticos em geral, cientistas e escritores entre outros a denominação de Vips, *Very Important Personalities*”. A massa popular, prossegue DURVAL com fulcro em J. RAVANAS (*La protection des personnes. p.160/165*), seria levada a conhecer os políticos muito mais pela imagem do que pelos discursos parlamentares que rarissimamente são reproduzidos ou citados, sendo mais notória “a *efígie* de seus oradores que entram, automaticamente, na esfera dos acontecimentos de atualidade”. Sendo livre a captação e reprodução da imagem de tais pessoas quando estiverem em locais públicos (cerimônias de casamento, banquetes, enterros, formaturas entre outros) pela própria natureza pública do evento. Na mesma linha, não há por que restringir-se a captação e “*reprodução* da imagem do homem público na *atividade profissional* de seu titular, ficando o resíduo da proteção à *vida privada* reservado ao Direito à Intimidade” ¹⁹¹

Pessoas públicas como governantes e representantes públicos, altos dignatários da justiça e administradores de instituições e órgãos públicos tem sua vida privada reduzida pois, via de regra, são perscrutados pela imprensa que segue

¹⁸⁹ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Ibidem.* p. 245/246

¹⁹⁰ PEREIRA, *Ibidem.* p. 73.

¹⁹¹ DURVAL. *op. cit.* p.139/140

em busca de fatos ou imagens reveladores de suas preferências, “suas vidas ou modo de ver são escrutinados a todo tempo (...) exibindo-se como o campo de privacidade mais restrito de todos o dos chamados homens públicos, cujas vidas podem ser uma referência, ou uma advertência para toda a sociedade”. Podendo se dizer que quando alguém pleiteia uma função como estas automaticamente abdica do direito de manter certas reservas comuns aos demais.¹⁹² Em mesmo sentido:

Pessoas que se relacionam mais direta e intensamente com o público, como artistas, esportistas e políticos, tem um âmbito de proteção da imagem reduzido e devem tolerar uma exibição maior em relação às pessoas que optaram por uma vida mais discreta. Todavia, mesmo as pessoas “públicas” não perdem o direito à própria imagem além de uma medida razoável, pois elas têm direito a momentos e locais de privacidade, ainda que existam meios de capturar informações e curiosidade pública em recebê-las.¹⁹³

WALTER DE MORAIS lembra que na Alemanha do Reich foram proibidas as peças de teatro que representassem príncipes vivos ou mortos, não obstante tratarem-se de personalidades públicas. No que concerne a imagem, o art. 22 da lei alemã de 09.01.1907 vedava a “difusão ou exposição sem consentimento do retratado, nem sob pretexto de que o fato seria de domínio da história contemporânea, conforme o art. 23, nem tratando-se de um príncipe morto face à extensão aos sucessores”.¹⁹⁴

Não há sentido para limitação da captação da imagem de fato referente à pessoa pública, em especial os titulares de mandatos eletivos, quando houver interesse público na divulgação da mesma. Por certo tal limitação não encontra lugar em regimes democráticos, confrontando-se com o disposto na Constituição Federal.

Não há dúvida de que as pessoas públicas, entendida a expressão como compreendendo notadamente os homens que exercem funções em alguma esfera do governo, embora devam ter a sua privacidade protegida, podem ver parcelas significativas dessa privacidade diluídas pela necessidade que uma sociedade democrática tem de informação. É claro que o juízo da legitimidade dessa compressão do espaço vedado ao público deve ser feito à luz de um interesse razoável e suficiente. De qualquer modo, este é um daqueles campos em que, em princípio deve vigorar a fórmula *in dubio pro libertate*. Convém observar que a própria natureza do homem público requer, numa democracia, o monitoramento constante dos meios de

¹⁹² CALDAS, Pedro Frederico. *op. cit.* p.104.

¹⁹³ ROTHENBURG. *op. cit.* p.29.

¹⁹⁴ MORAES, Walter. Direito a Própria imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. (444) out/72. p.14.

comunicação. E muitos aspectos da vida particular daqueles que se lançam à árdua e nobilitante tarefa de administrar a coisa comum podem iluminar a forma como essa tarefa esta sendo efetivamente exercida. Não se trata de autorização para o *voyerismo* ou algo similar, mas apenas a lembrança de que a vida do homem público pertence em alguma medida a toda a coletividade. Essa observação é sobremaneira válida para aqueles momentos em que o público telespectador/leitor/eleitor tem de fazer escolhas de seus governantes nas urnas e se aplica, portanto, mesmo aos candidatos.¹⁹⁵

Tem-se portanto que a imagem de pessoas públicas, tal como de pessoas notórias, artistas e esportistas entre outros, pode ser publicada em contextos informativos independente de autorização prévia em decorrência do interesse geral de informação. Todavia, afirma PEREIRA que quando a imagem implicar em algum constrangimento, como retratar uma situação cômica ou vexatória¹⁹⁶, a valoração jurídica pode ser diferente.¹⁹⁷

Ressalte-se, porém, que se tratando de utilização abusiva da imagem, que, por corolário, acarrete lesão ao direito à imagem, mesmo que aborde pessoa notória, deve a captação e exposição da imagem ser coibida, sendo, ademais, legítima a fixação de indenização a favor da pessoa que sofreu publicação abusiva contra a sua imagem. Por certo as pessoas públicas sofrem limitação de seu direito à imagem, o que não quer dizer que as mesmas o tenham totalmente suprimido. Neste sentido vale citar a ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, no qual a corte conferiu indenização a deputado estadual do Estado de Santa Catarina por críticas formuladas por

¹⁹⁵ PEREIRA. *op. cit.* p. 102.

¹⁹⁶ A título exemplificativo pode se citar o caso da atriz Daniela Cicareli que foi filmada com seu então namorado, Tato Malzoni, em uma praia espanhola. Segundo indicam as imagens o casal trocou beijos e carícias na areia e então se dirigiu ao mar onde iniciaram a prática de relações sexuais dentro d'água. A filmagem foi exibida pela TV espanhola Telecinco no programa *Dolce Vita* em 17 de fevereiro de 2006. Logo após o vídeo foi disponibilizado na internet por usuários do site Youtube e foi reproduzido em inúmeros outros sites. Em dezembro do mesmo ano a atriz e seu namorado ajuizaram ação com pedido liminar objetivando impedir a divulgação das imagens não autorizadas, alegando violação aos seus direitos de personalidade - intimidade, privacidade e imagem. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi negado pelo juízo de origem, mas concedido em Agravo de Instrumento (TJSP – AI nº. 472.738-4) pelo Desembargador Ênio Santarelli Zuliani que ordenou que as empresas demandadas (IG Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc.) cumprissem a ordem de abstenção sob pena de multa diária de R\$ 250.000,00. Posteriormente a sentença judicial entendendo pela improcedência do pedido também foi reformada pelo TJSP em votação unânime. RODRIGUES, Raquel Brodsky. **A tutela inibitória do Direito à intimidade frente à liberdade de comunicação: um estudo a partir do caso Cicarelli**. Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador Sergio Cruz Arenhart. Curitiba 2008. p. 5/7

¹⁹⁷ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *op. cit.* p. 118

adversários que extrapolaram o natural exercício de crítica existente entre adversários políticos desviando-se para ofensas pessoais:

CIVIL. DANOS MORAIS. DOCUMENTO ESCRITO IMPUTANDO A PECHA DE “MENTIROSO” A ADVERSÁRIO POLÍTICO. LIDO EM PROGRAMA RADIOFÔNICO E POSTERIORMENTE DISTRIBUÍDO EM VIA IMPRESSA. REPROVABILIDADE EVIDENTE. CONDENAÇÃO DE ACORDO COM OS PRECEDENTES.

1 - **A crítica entre políticos que desvia para ofensas pessoais, atribuindo a prática de mentir ao adversário, causa dano moral**, porque mentir é conduta socialmente desabonadora 2 - A garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5.º, IV) deve respeitar, entre outros direitos e garantias fundamentais protegidos, a honra das pessoas, sob pena de indenização pelo dano moral provocado, como decorre dos termos do art. 5.º, V e X, da CF. **Não se deve confundir, por consequência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação.** Recurso especial provido.

(REsp 801249/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 257)

Na fundamentação de sua decisão, a eminente relatora deixa clara a proteção ao direito de imagem das pessoas públicas:

(...) em se tratando de questões políticas, é natural que haja críticas mútuas entre os adversários. Contudo, não há como se tolerar que essa crítica desvie para ofensas pessoais aos adversários políticos. O exercício da crítica não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, porque isso pode implicar em mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas – o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores, notadamente em cidades pequenas, onde todos se conhecem e os assuntos dessa natureza viram tema principal entre os moradores. As disputas políticas devem ocorrer sempre no campo ideológico, não no pessoal. Na espécie, não se tratou de mera crítica política ao recorrente, mas de imputação de conduta cuja reprovabilidade é evidente. Deve-se lembrar que a garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5.º, IV) deve respeitar, entre outros direitos e garantias fundamentais protegidos, a honra das pessoas, sob pena de indenização pelo dano moral provocado, como decorre dos termos do art. 5.º, V e X, da CF. Não se deve confundir, por consequência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação. Não há como negar que o documento escrito pelos recorridos causou dano na esfera moral do autor, maculando-lhe a imagem de cidadão, quanto mais de pessoa pública. Assim agindo, os recorridos abusaram da liberdade de manifestação, ultrapassando os limites da mera crítica política.

Ao contrário do que entenderam o Juízo de 1.º grau e o Tribunal *a quo*, convém não esquecer que pessoas públicas e notórias não deixam, só por isso, de ter o resguardo de direitos da personalidade (cfr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**, 1.ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 80 e ss.).(...)

(REsp 801249/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, fls. 4/5)

Destarte, não obstante o limite ao direito à imagem das personalidades políticas em decorrência da função pública que as mesmas exercem, sua imagem deve ser judicialmente tutelada nas situações em que sua exploração ultrapassar a simples liberdade de crítica, caso em que, via de regra, a imagem atingida é a imagem-atributo e não a imagem-retrato, conforme classificação apresentada no capítulo I.

3.9 PARTIDOS POLÍTICOS E A TUTELA DA IMAGEM

Afirma o art. 52 do Código Civil de 2002 que “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. Percebe-se assim que o próprio legislador reconheceu a tutela dos direitos de personalidade à pessoa jurídica.

Embora a legislação reconheça a necessidade de proteção da pessoa jurídica quanto aos direitos de personalidade, corretamente faz a ressalva de que a referida proteção não pode dar-se da mesma maneira que se dá à pessoa humana. Tal ressalva se dá a partir do termo “no que couber” transcrito no dispositivo supra mencionado.

O motivo para tal advertência decorre exatamente das diferenças que são intrínsecas a cada instituto jurídico, pessoa humana e pessoa jurídica: quanto ao nascimento a pessoa jurídica de direito público é criada por normas constitucionais, lei especial ou tratados, a pessoa jurídica de direito privado é criada pela pessoa humana em observância às condições legais, ao passo que a pessoa humana é gerada pelo relacionamento sexual ou por inseminação artificial homóloga ou heteróloga; quanto à personalidade, a pessoa humana a tem em dois sentidos, a aquisição de direitos e deveres decorrentes do nascimento com vida do ser humano e a proteção aos aspectos próprios da condição humana, ao passo que a pessoa jurídica possui somente no sentido de aquisição de direitos e deveres; a pessoa humana detém honra subjetiva ou objetiva ao passo que as pessoas jurídicas não detém honra a rigor visto que o “efeito do dano sofrido à imagem desta, quando não atingem os membros da entidade, repercutem na atividade desenvolvida por ela”; quanto à imagem temos que a pessoa humana possui a imagem-retrato e a imagem-atributo já tratadas na primeira parte deste trabalho, bem como auto-

imagem (aquela que a pessoa tem de si mesma), auto-estima (que seria a honra subjetiva no sentido da auto-valorização) sendo atributo essencial da dignidade da pessoa humana, ao passo que a pessoa jurídica “só possui imagem-atributo, na qual será comprovada a lesão para fins de reparação”, lesão esta que repercute na atividade em si.¹⁹⁸

No que concerne a pessoa jurídica temos ainda que o Superior Tribunal de Justiça sumulou a possibilidade de a mesma sofrer danos morais, Súmula 227: “A pessoa jurídica pode sofrer danos morais”¹⁹⁹.

O referido enunciado vai ao encontro dos argumentos alinhavados pela teoria que admite ser a pessoa jurídica sujeito passivo do dano moral, tendo em vista que essa entidade possui imagem social – honra objetiva para a maioria da doutrina. Como dito alhures, parece que a pessoa jurídica não possui honra objetiva, mas imagem diante do meio que desempenha atividade.

A honra e a imagem acompanham o ser humano em todos os momentos, inclusive após a morte, com a proteção ao cadáver, já que inclui os predicados que dão credibilidade ao ser humano nas situações íntimas. Alarga-se desse modo, de forma parcial, a concepção da imagem à pessoa jurídica.²⁰⁰

Não obstante o conteúdo da súmula 227 do STJ e o posterior advento do art. 52 do CC/2002, que leva parte da doutrina a reforçar a possibilidade de ocorrência de danos morais à pessoa jurídica, outra parte não o faz por entender que os danos morais adviriam de uma lesão à dignidade e esta seria “um atributo exclusivo do ser humano”, sendo para estes admissível apenas “um dano institucional contra a

¹⁹⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo. Método. 2008. p. 242/244.

¹⁹⁹ No que diz respeito ao reconhecimento de direitos de personalidade às pessoas jurídicas pela jurisprudência, a título exemplificativo: “DIREITO EMPRESARIAL. CONTRAFAÇÃO DE MARCA. PRODUTO FALSIFICADO CUJA QUALIDADE, EM COMPARAÇÃO COM O ORIGINAL, NÃO PÔDE SER AFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO DA MARCA QUE ATINGE A IDENTIDADE DO FORNECEDOR. DIREITO DE PERSONALIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS. DANOS MORAIS RECONHECIDOS.

- O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro. - Na contrafação, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardis, sua faculdade de escolha. O consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto e, como consequência, também o fabricante não pode ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado. - Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do CC/02 e, entre eles, se encontra a identidade. - Compensam-se os danos morais do fabricante que teve seu direito de identidade lesado pela contrafação de seus produtos. Recurso especial provido.” (REsp 1032014/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 04/06/2009)

²⁰⁰ FROTA, *op. cit.* p. 250

pessoa jurídica”, mas não um dano moral.²⁰¹ Neste sentido pode se mencionar o entendimento do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, exposto em voto vencido, para quem não se pode admitir “a empresa ser ofendida na sua dignidade, na sua honra. Se fosse diferente, estar-se-ia no reino do absurdo.”²⁰² Neste sentido afirma GUSTAVO TEPEDINO:

O ataque a imagem de uma empresa normalmente se traduz em uma diminuição de seus resultados econômicos. Situações há, contudo, em que a associação sem fins lucrativos, uma entidade filantrópica, por exemplo, é ofendida em seu renome. Atinge-se a sua credibilidade, chamada de honra objetiva, sem que, neste caso, se pudesse afirmar que o dano fosse mensurável economicamente, considerando-se sua atividade exclusivamente inspirada na filantropia. Aqui não há evidentemente dano material. E tal constatação não pode autorizar a irresponsabilidade ou, em sentido contrário, a admissão de uma desajeitada noção de dignidade corporativa ou coletiva (que chega a lembrar o Ministro de Estado que, anos atrás, se referiu carinhosamente a seu cão de estimação como ser humano). A solução, pois, é admitir que a credibilidade da pessoa jurídica, como irradiação de sua subjetividade, responsável pelo sucesso de suas atividades, é objeto de tutela pelo ordenamento e capaz de ser tutelada, especialmente na hipótese de danos institucionais.²⁰³

Ao se tratar de pessoa jurídica que tenha fins lucrativos certamente os ataques que se direcionarem à sua imagem poderão repercutir em sua produção de riquezas, reduzir seu ganho. Por outro lado, caso a pessoa jurídica não possua fins lucrativos o abalo à imagem repercutirá diretamente sobre sua credibilidade.²⁰⁴

Ademais, a Constituição Federal assegura no art. 5º, X, serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, sem fazer qualquer distinção quanto à pessoa jurídica ou natural.

Independente da corrente que se adote, defendendo a tutela institucional ou a ocorrência de danos morais propriamente ditos, certo é que o ordenamento jurídico

²⁰¹ ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3ª. ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2004. p. 282-283. *Apud. Frota. op. cit. p. 274.*

²⁰² CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - PESSOA JURÍDICA - DANO MORAL. I - A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial. Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica, visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas (REsp nº 60.033-2-MG-DJ de 27.11.95). II- Recurso conhecido e provido. (REsp 147702/MA, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/1997, DJ 05/04/1999 p. 125)

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. p. 13. Disponível em: < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/32350-38875-1-PB.pdf>. Acesso em 08.10.2010.

²⁰⁴ FROTA. *op. cit.* p. 251

e a jurisprudência pátria asseguram a reparação de danos à imagem da pessoa jurídica mesmo nos casos em que esta não obtenha prejuízo financeiro, quando não tiver finalidade lucrativa. Há de se reconhecer neste particular a tutela da imagem dos partidos políticos.

3.10 O HUMOR COMO FORMA DE EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO DA IMPRENSA E SEU PAPEL NA FORMAÇÃO DA CONSCIÊNCIA CRÍTICA.

A lei eleitoral, 9.504/97, traz em seu art. 45 uma série de restrições às emissoras de rádio e televisão. A partir de tal norma legislativa que certamente teve o intuito de assegurar a lisura do pleito eleitoral, o legislador vedou aos referidos meios de comunicação a possibilidade de “usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito” ²⁰⁵.

²⁰⁵ Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:

I - transmitir, ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado ou em que haja manipulação de dados;

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;

V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

VI - divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.

§ 1º A partir do resultado da convenção, é vedado, ainda, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por candidato escolhido em convenção. (Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006)

§ 2º Sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 55, a inobservância do disposto neste artigo sujeita a emissora ao pagamento de multa no valor de vinte mil a cem mil UFIR, duplicada em caso de reincidência.

~~§ 3º As disposições deste artigo aplicam-se aos sítios mantidos pelas empresas de comunicação social na Internet e demais redes destinadas à prestação de serviços de telecomunicações de valor adicionado. (Revogado pela Lei nº 12.034, de 2009)~~

§ 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Em que pese o referido diploma legislativo já ter vigorado a partir do ano eleitoral de 1998, o risco do referido diploma legislativo sobre a classe humorística somente foi percebido, ou melhor, somente teve repercussão nos meios de comunicação no ano eleitoral de 2010, quando o TSE editou a resolução para as eleições na qual transcreveu na íntegra o referido dispositivo.²⁰⁶

A certamente nobre intenção do legislador acarretou um efeito colateral no que concerne ao trabalho humorístico²⁰⁷.

Quanto ao estilo humorístico, no que concerne caricatura WALTER DE MORAIS afirmou que a mesma constitui deformação da imagem e que sua difusão depende de prévio consentimento do sujeito retratado. Todavia, o autor admite que a matéria comporte discussão. Traz o entendimento de KOHLER para quem só a caricatura que implicasse comportamento desonroso ou duvidoso mereceria censura, e de GILTRAMA GONZÁLES que entende que a caricatura se caracteriza pelo ridículo, que nem sempre será injurioso e somente se o for deve ser proibida.²⁰⁸

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já tutelou a imagem de agente público em situação na qual a caricatura foi tida como abusiva:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - BOLETIM INFORMATIVO DISTRIBUÍDO À POPULAÇÃO, QUE CONTÉM CARICATURA DA AUTORA, JUÍZA NA COMARCA, ALIADA A TEXTOS COM CONTEÚDO DIFAMATÓRIO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - QUANTUM MINORADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Resultando demonstrado nos autos que foram distribuídos à população de Assai, boletins informativos, nos quais aparece a caricatura da autora, à época Juíza na Comarca, aliada a textos com conteúdo difamatório, no sentido de que a mesma desrespeita e ignora, de forma intencional, a Constituição, e que estaria, na prestação jurisdicional, praticando desmandos, expondo-a a situação difamatória frente aos jurisdicionados, impõe reconhecer o dano moral daí advindo, que merece ser ressarcido. 2 - A fixação do montante devido a título de dano

§ 6º É permitido ao partido político utilizar na propaganda eleitoral de seus candidatos em âmbito regional, inclusive no horário eleitoral gratuito, a imagem e a voz de candidato ou militante de partido político que integre a sua coligação em âmbito nacional. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

²⁰⁶ Art. 28, II, da resolução 23.191 (Dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas em campanha eleitoral (Eleições de 2010)).

²⁰⁷ Para exemplificar podemos citar o programa “Custe o Que Custar” – CQC, exibido pela TV Bandeirantes, no qual os humoristas costumam entrevistar políticos ressaltando de forma jocosa seus erros e acertos, expondo suas críticas através de recursos audiovisuais como por exemplo a inclusão de um nariz de palhaço em um parlamentar ou até mesmo através de perguntas embaraçosas que costumam deixar as personalidades políticas em situação desconcertante.

²⁰⁸ KOHLER, Joseph. **Das Eigenbild im Recht**. I. n. 5, vol. 4. p. 16, Berlim, 1903. e GONZALES, Manuel Gitrama, verbete, **Imagem (Derecho a la propia)**, in “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Seix, Barcelona, vol. XI, 1962, p. 305. *Apud* MORAES, Walter. Direito a Própria imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. (444) out/72. p.20

moral fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie. 3 - Mantém-se a verba honorária fixada em 15% sobre o valor da condenação, já que o feito demandou a produção de provas em audiência, não se podendo perder de vista, também, o conteúdo econômico da demanda. (TJPR - 10ª C.Cível - AC 0486727-2 - Cornélio Procópio - Rel.: Des. Luiz Lopes - Unânime - J. 17.07.2008)

Certos de que o art. 45 da Lei eleitoral limitaria sua atuação, os humoristas realizaram inúmeras críticas ao referido dispositivo, que foi por eles tido como prática de censura. Danilo Gentili, humorista do programa CQC, chegou a publicar no jornal Folha de São Paulo um artigo no qual critica o dispositivo em vigor há mais de dez anos ressaltando, através de uma charge na qual apresenta um congressista, um candidato e um magistrado de mãos dadas e sorrindo ao lado de um palhaço atrás das grades com uma tarja de censura sobre seus lábios, tratar-se de prática de censura que tolhe o trabalho humorístico. No mesmo artigo, o referido humorista aproveita a ocasião para anunciar uma passeata na cidade do Rio de Janeiro pelo “HUMOR SEM CENSURA”²⁰⁹.

Referido protesto ocorreu às 15h de 22 de agosto de 2010 em frente ao Copacabana Palace na cidade do Rio de Janeiro, tendo contado com a participação de humoristas dos programas “Rock Gol”, “Pânico”, “Casseta & Planeta”, “Os Caras de Pau”, “Melhores do Mundo”, “Os Barbichas”, entre outras personalidades como Marcos Mion, Marcelo Adnet, Bruno Mazzeo, Paulo Bonfá, Leandro Hassum além do próprio Danilo Gentili. Nas palavras de Fábio Porchat, um dos organizadores, o objetivo era eliminar a legislação que apresentava resquícios de ditadura: “Essa lei é

²⁰⁹ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/785047-com-video-e-charge-danilo-gentili-ataca-censura-ao-humor-nas-eleicoes.shtml>>. Acesso em 01.10.2010. Em reportagem anterior publicada em 11.08.10, no mesmo periódico o Gentili afirmou: “O humorista pega a verdade e a exagera. Ao contrário do político, a verdade é imprescindível para o sucesso de seu trabalho.. E esse é o problema. Num país onde culturalmente é bonito lucrar com a mentira, a verdade não diverte. Assusta. Indigna. Onde já se viu um coronel permitir que manguem de sua cara em sua província? Então censuremos! Por isso, recentemente, tivemos imprensa brasileira censurada, jornalista estrangeiro expulso, repórter agredida e agora, humorista amordaçado. É melhor que o Estado defina o que pode ou não ser passado para o público, assim o público continua passando o que interessa para o Estado. Aristófanes, pai da comédia antiga, exercia abertamente sua função de fazer o público rir, criticando instituições políticas e seus representantes. Se fosse brasileiro, hoje, Aristófanes não poderia realizar seu ofício. A visão democrática do TSE está mais atrasada que a da Grécia de 400 a.C.”. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/781345-muito-politico-faz-chorar-com-a-mesma-materia-prima-que-o-humor-faz-rir-diz-danilo-gentili.shtml>>. Acesso em 01.10.2010.

o exemplo de que, se não ficarmos atentos todo o tempo, o fantasma da ditadura pode voltar a nos assombrar. Deixem que as pessoas decidam por elas mesmas de qual piada devem rir”²¹⁰.

Ante aos anseios da classe humorista a ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão ajuizou em 24 de agosto de 2010 uma ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar na qual requereu a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III (em parte) do art. 45 da Lei Federal nº 9.504/1997 por entender que os dispositivos em questão “não se coadunam com a sistemática constitucional das liberdades de expressão e de imprensa e do direito à informação, garantias institucionais verdadeiramente constitutivas da democracia brasileira”. Afirmo o subscritor da petição que tais normas

geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de ‘difundir opinião favorável ou contrária’ a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Além disso, esses dispositivos inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral.²¹¹

Referida ação foi autuada sob nº 4.451 e teve como relator o Ministro Ayres Britto que em 26.08.2010 deferiu o pedido liminar, contando com posterior referendo do pleno do Supremo Tribunal Federal em 02.09.2010, suspendendo a eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/97 por entender que a vedação legal seria voltada não para assegurar a imparcialidade, mas sim para coibir estilo de imprensa que utilize como técnica para a crítica jornalística trucagem, montagem e demais recursos de áudio e vídeo e, quanto ao inciso III do mesmo artigo, a liminar foi deferida para o fim de coibir eventual censura prévia:

(...) tenho que o inciso III do art. 45 da Lei 9.504/97 comporta uma interpretação conforme a Constituição. Diz ele: “É vedado às emissoras de rádio e televisão *veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*”. **Ora, apenas estar-se-á diante de uma conduta vedada**

²¹⁰ Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/785005-humoristas-organizam-protesto-contra-proibicao-de-abordar-candidatos.shtml>>. Acesso em 01.10.2010.

²¹¹ Trecho da petição inicial da ABERT, subscrita pelos doutores Gustavo Binenbojm, Rafael L. F. Koatz e Alice Voronoff, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4451&processo=4451>>. Acesso em 01.10.2010.

quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada, caso a caso e sempre a posteriori, pelo Poder Judiciário. Sem espaço, portanto, para qualquer tipo de censura prévia.

Por fim, quanto ao inciso II do art. 45 da Lei 9.504/97, tenho por necessária a suspensão de sua eficácia. É que o dispositivo legal não se volta, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos. Suspensão de eficácia, claro, que não imuniza tal setor de atividade jornalística quanto à incidência do inciso III do art. 45 da Lei 9.504/97, **devidamente interpretado conforme a parte deliberativa desta decisão.**

Ante o exposto, **defiro parcialmente a liminar, ad referendum** do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, para suspender a eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/97 e conferir ao inciso III do mesmo dispositivo a seguinte interpretação conforme à Constituição: considera-se conduta vedada, aferida **a posteriori** pelo Poder Judiciário, a veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalísticas que venham a descambar para a propaganda política, passando, nitidamente, a favorecer uma das partes na disputa eleitoral, de modo a desequilibrar o “princípio da paridade de armas”. (grifos no original)²¹²

Vê-se da decisão liminar que, comungando com as idéias já consolidadas no acórdão da ADPF 130, responsável por revogar a Lei de imprensa, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez garantiu a efetiva liberdade de expressão pelos meios de comunicação, reconhecendo a impossibilidade da censura prévia. Neste sentido transcreve-se trecho da fundamentação da ADI 4.451 na qual o Ministro Ayres Britto ressalta a qualidade de sobredireito conferida à Liberdade de Expressão:

pontuo, de saída, não caber ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o *núcleo duro* das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: **não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha.** Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de “manifestação do pensamento”, liberdade de “criação”, liberdade de “expressão”; liberdade de “informação”. Liberdades, ressalte-se, constitutivas de verdadeiros bens **de personalidade**, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de “Fundamentais”: a) “livre manifestação do pensamento” (inciso IV); b) “livre (...) expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (inciso IX); c) “acesso a informação” (inciso XIV). Liberdades, enfim, que bem podem ser classificadas como **sobredireitos**, sendo que a

²¹² ADI nº 4.451. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 26/08/2010. DJ-e 162 de 31/08/2010.

última delas (acesso à informação) ainda mantém com a cidadania o mais vistoso traço de pertinência, conforme, aliás, candente sustentação oral do jurista e deputado Miro Teixeira quando do julgamento plenário da ADPF 130. (grifos no original)²¹³

Ademais, reconheceu o eminente relator a importância da crítica jornalística, em especial a realizada através do humor, que certamente é a que mais sofre em razão do teor dos incisos II e III do art. 45 do diploma eleitoral, tendo afirmado que o humor é estilo de imprensa que por sua utilidade social compensa eventuais excessos de alguns escritos:

Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico, diga-se, que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte, acresça-se, do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de **humorismo** (tema central destes autos). Humorismo, segundo feliz definição atribuída ao escritor Ziraldo, que *não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela* (cito de memória). Logo, a previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.(...)

É que o próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial da coisas, conforme decisão majoritária deste Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia, penso, de que a locução “humor jornalístico” é composta de duas palavras que enlaçam pensamento crítico e criação artística. Valendo anotar que **João Elias Nery**, em sua tese de doutorado em Comunicação e Semiótica, afirma que tal forma de comunicação apenas se desenvolve em espaços democráticos, pois costumeiramente envolvem personalidades públicas (“Charge e Caricatura na construção de imagens públicas”, PUC, São Paulo, 1998). (...) Sem falar no conteúdo libertador ou emancipatório de frases que são verdadeiras *tiradas* de espírito, como essa do genial cronista **Sérgio Porto**, o **Stanilaw Ponte Preta**: “a prosperidade de alguns homens públicos do Brasil é uma prova evidente de que eles vêm lutando pelo progresso do nosso subdesenvolvimento”.²¹⁴

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal afastou liminarmente a possibilidade de censura prévia e a limitação que se instaurara desfavorecendo a possibilidade de crítica humorística aos candidatos políticos, partidos políticos e coligações. Lógica que por certo afasta também a censura prévia quanto no caso do humor relacionado aos titulares de mandatos eletivos quando, por certo, não se

²¹³ *Ibidem.*

²¹⁴ *Ibidem.*

caracterizar situação abusiva e a crítica humorística for revestida de interesse público, o que será auferido sempre *a posteriori*, conforme entendimentos manifestados na ADPF 130 e na ADI 4.451.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos de personalidade tiveram sua tutela impulsionada pelas declarações, posteriormente o direito positivo passou a regulá-los, todavia a lógica liberal intrínseca ao sistema das codificações não era suficiente para resguardá-los. O engessamento dos dispositivos, ocasionado pelas codificações, estáticas no tempo, acabou se demonstrando um verdadeiro empecilho à sua proteção por não acompanhar as dinâmicas mutações da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 assegurou já em seu artigo primeiro a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, elencada ao lado da soberania, cidadania e pluralidade política.

É ao conjunto de direitos aptos a tutelar a dignidade da pessoa humana que se atribui a denominação de direitos de personalidade. Em seu art. 5º. a Carta Magna elencou os direitos e garantias fundamentais, os quais são verdadeiros sobredireitos, invioláveis, não sofrendo em hipótese alguma limitações, exceto as dispostas na Carta Magna, que não admite qualquer emenda constitucional que venha a limitá-los (art. 60, §4, IV) .

Dentre os inúmeros direitos fundamentais protegidos, a Constituição Federal elencou o direito à imagem. Da forma como tal direito fora apresentado na Carta Maior afastou-se qualquer espaço para o prosseguimento das teorias que não reconheciam sua autonomia e o viam como decorrente de outros direitos como direito à honra, à vida e ao corpo.

Não obstante ter assegurado a autonomia do direito à imagem o texto constitucional cuidou ainda de assegurar a proteção de duas formas de manifestação deste direito: imagem-retrato e imagem-atributo. A imagem retrato consiste na reprodução da imagem física do indivíduo ao passo que a imagem atributo decorre das relações sociais, é modo como o indivíduo é visto no meio social.

Tal como o direito à imagem, a liberdade de expressão também constitui cláusula pétrea, e dela decorre a liberdade dos meios de comunicação, que também foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento da ADPF 130 como sobredireito. Tal entendimento decorre justamente do papel crucial que os meios de comunicação representam em uma democracia, pois ao realizarem suas atividades

em ambiente de plena liberdade ofertam ao cidadão um contraponto à versão oficial dos fatos provenientes do Estado, acabando por fomentar a discussão democrática e formar a opinião pública.

As personalidades políticas expõem sua imagem em grau mais elevado do que as pessoas comuns no âmbito de suas relações sociais. Os titulares de mandatos eletivos, quando no exercício de suas atividades como representantes, praticam atos que repercutem em toda a sociedade, vale dizer, seus atos são revestidos de verdadeiro interesse público, o que legitima a divulgação da imagem dos mesmos pelos meios de comunicação.

Tal como os representantes políticos em exercício, os candidatos a uma vaga através do processo eleitoral também tendem a se expor mais e seus atos são revestidos de interesse público. Na disputa eleitoral os meios de comunicação prestam um serviço fundamental quando levam aos eleitores informações sobre os candidatos e sobre os atos dos titulares de mandatos eletivos: é através do conjunto de informações que se forma a opinião pública, que os eleitores formam suas opiniões para exercerem a soberania popular através do escrutínio.

A liberdade de expressão e, por conseguinte, dos meios de comunicação, engloba tanto a liberdade de narrar os fatos como a liberdade de opinião. Inclui-se na liberdade de manifestação da opinião a possibilidade de tecer críticas sobre fatos de interesse público, desde que, é claro, tais críticas não configurem abusos.

A liberdade de crítica produzida pelos meios de comunicação muitas vezes é expressa através do trabalho de humoristas. A produção humorística, conforme afirmado pelo Ministro Ayres Britto na concessão da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.451, tem tamanha utilidade social que muitas vezes compensa eventuais excessos cometidos, havendo, muitas vezes, frases com “conteúdo libertador ou emancipatório”, “que são verdadeiras tiradas de espírito”.

Neste sentido convém lembrar a frase proferida pelo humorista Danilo Gentili ao criticar os dispositivos da Lei Eleitoral que vedam aos meios de comunicação a possibilidade de manifestar a opinião favorável ou desfavorável ao candidato, partido ou coligação, bem como o uso da “trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem, partido ou coligação,

ou produzir ou veicular programa com esse efeito”: “Onde já se viu um coronel permitir que manguem de sua cara em sua província? Então censuremos!”²¹⁵.

Tanto ao julgar a ADPF nº. 130, que entendeu como não recepcionada a Lei de Imprensa pela Constituição Federal, como ao conceder a liminar na ADI nº. 4.451, suspendendo a eficácia do disposto no art. 45, II da Lei 9.504/97 e dando interpretação conforme à Carta Maior ao inciso III do mesmo artigo, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que eventuais abusos devem sempre ser aferidos em momento posterior e nunca anterior, ou seja, a Constituição Federal não admite a possibilidade de censura prévia.

Desta forma percebe-se que o direito à imagem, embora direito fundamental, sofre limitação em determinadas situações, como quando sopesado à liberdade de expressão, ao direito de crítica jornalística, desde que a mesma não seja abusiva e for revestida de interesse público. E, embora não haja manifestação expressa do legislador neste sentido, a partir do presente estudo embasado na doutrina e nos precedentes da Corte Constitucional, percebe-se que caso a veiculação seja abusiva, seu abuso apenas será aferido *a posteriori*, nunca *a priori*, pois o contrário representa ameaça ao próprio regime democrático.

²¹⁵ Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/781345-muito-politico-faz-chorar-com-a-mesma-materia-prima-que-o-humor-faz-rir-diz-danilo-gentili.shtml>>. Acesso em 01.10.2010.

BIBLIOGRAFIA

AC 0486727-2. TJPR - 10ª Câmara Cível. Cornélio Procópio - Rel. Desembargador Luiz Lopes. Julgamento em 17.07.2008. Publicado no DJPR de 15/08/2008.

ADI nº 4.451. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 26/08/2010. Publicado no DJ-e 162 de 31/08/2010.

ADPF 130. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 30/04/2009. Publicado no DJ-e 208 de 06/11/2009.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao direito civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Jus navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1535, p01/02, 14 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.asp?id=10406>>. Acesso em 23/07/2010

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo. 2001. Editora Malheiros. 2ª. ed.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2008.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino**. Trad. João Ferreira, Carmem C. Variale. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 2ª. ed. 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo. 2010. Malheiros Editora Ltda.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4ª. Ed. São Paulo. 2002. Editora Saraiva.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo. Saraiva. 1997.

CALIMAN, Auro Augusto. **Mandato Parlamentar. Aquisição e Perda Antecipada**. São Paulo. 2005. Editora Atlas S.A.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O direito privado como um sistema de construção e as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro**. In. FERREIRA, Aparecido Hernani. **O novo código civil – discutido por juristas brasileiros**. Campinas, SP. Editora Bookseler: 2003.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos de Personalidade**. Trad. JARDIM, Adriano Vera e ANTONIO, Miguel Caeiro. Lisboa, Editora Assunção, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1º volume: Teoria Geral do Direito Civil. 18ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo, Saraiva. 2003.

DONNINI, Odualdo e DONNINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua qualificação à luz do novo código civil**. Editora Método. São Paulo, 2002.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. **Defesa da Constituição, Corte Suprema e Estado Social Democrático**. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 2, n. 3, abr. 2007. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20831/1/defesa_constituicao.pdf>. Acesso em 17.07.10.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª. ed. Saraiva. 1989. São Paulo.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo. Método. 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 2ª. Ed. Belo Horizonte. 2008. Editora Del Rey.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8ª.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2001.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro. 2004. Editora Renovar.

LENZA, Pedro. **“Reality Show” e a proteção constitucional do direito à imagem**. Revista Jurídica Consulex. Brasília. Ano XIII, nº. 295. 30 de abril de 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 36, nº 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/453>>. Acesso em 20.08.2010.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. - São Paulo: Boitempo, 2005.

MARCÍLIO, Maria Luiza, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, USP – Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-da-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 07/07/10.

MELGARÉ, Plínio. **Direitos humanos : uma perspectiva contemporânea - para**

além dos reducionismos tradicionais. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 154, abr./jun. de 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/773>>. Acesso em 17/07/10

MEZZAROBÀ, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro.** 2ª. Ed. Rio de Janeiro. 2004. Editora Lumen Juris.

MONTESSQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes/ Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. – 8. ed. revista. – São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º A 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** São Paulo. Editora Atlas S.A. 1998.

MORAES, Walter. Direito a Própria imagem. **Revista dos Tribunais.** São Paulo (443): 64-81, set. 82 e (444): 11-28, out/83

Responsabilidade Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. Orgs. NERY, Rosa Maria de Andrade e DONNINI, Rogério. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009

OLIVEIRA JUNIOR, Artur Martinho de. **Danos morais e à imagem.** São Paulo. Lex Editora. 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e LUCAS DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes. **A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais. Notas sobre a Distinção entre Princípios e Regras.** In **Os princípios da Constituição de 1988.** Orgs. PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly. Editora Lumen Juris. 2001. Rio de Janeiro,

PEREIRA. Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

Petição inicial da ABERT, subscrita pelos doutores Gustavo Binenbojm, Rafael L. F. Koatz e Alice Voronoff, disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoinicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4451&processo=4451>>. Acesso em 01.10.2010.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal.** São Paulo. 2006. Editora Atlas.

QUARESMA, Regina e GUIMARÃES de, Francisco. **Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais.** In **Os princípios da Constituição de 1988.** Orgs. PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly. Editora Lumen Juris. 2001. Rio de Janeiro.

REsp 801249/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 09/08/2007, DJ 17/09/2007.

RIBERIO, Favila. **Direito eleitoral**. 3ª. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1988.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito à imagem**. Revista Jurídica Consulex. Brasília. Ano XIII, nº. 295. 30 de abril de 2009.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia. Tijolo por tijolo em um desdenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte. 2007. Editora Fórum.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte. 2010. Editora Fórum.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIQUEIRA DE LIMA, Arnaldo. **O direito à imagem: proteção jurídica e limites de violação**. Dissertação apresentada à Universidade Católica de Brasília, como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de mestre em direito, sob a orientação do Professor Doutor Luis Carlos Martins Alves Júnior. Coorientação, Professor Doutor Andreas J. Krell. Brasília, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. p. 13. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/32350-38875-1-PB.pdf>. Acesso em 08.10.2010.

VENDRUSCOLO, Weslei. **Direito a própria imagem e sua proteção jurídica**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, área de concentração em Direito das Reações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador Eroulthus Cortiano Junior. Curitiba 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, Volume 01.